This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Это цифровая коиия книги, хранящейся для иотомков на библиотечных иолках, ирежде чем ее отсканировали сотрудники комиании Google в рамках ироекта, цель которого - сделать книги со всего мира достуиными через Интернет.

Прошло достаточно много времени для того, чтобы срок действия авторских ирав на эту книгу истек, и она иерешла в свободный достуи. Книга иереходит в свободный достуи, если на нее не были иоданы авторские ирава или срок действия авторских ирав истек. Переход книги в свободный достуи в разных странах осуществляется ио-разному. Книги, иерешедшие в свободный достуи, это наш ключ к ирошлому, к богатствам истории и культуры, а также к знаниям, которые часто трудно найти.

В этом файле сохранятся все иометки, иримечания и другие заииси, существующие в оригинальном издании, как наиоминание о том долгом иути, который книга ирошла от издателя до библиотеки и в конечном итоге до Вас.

Правила использовапия

Комиания Google гордится тем, что сотрудничает с библиотеками, чтобы иеревести книги, иерешедшие в свободный достуи, в цифровой формат и сделать их широкодостуиными. Книги, иерешедшие в свободный достуи, иринадлежат обществу, а мы лишь хранители этого достояния. Тем не менее, эти книги достаточно дорого стоят, иоэтому, чтобы и в дальнейшем иредоставлять этот ресурс, мы иредириняли некоторые действия, иредотвращающие коммерческое исиользование книг, в том числе установив технические ограничения на автоматические заиросы.

Мы также иросим Вас о следующем.

- Не исиользуйте файлы в коммерческих целях.
  Мы разработали ирограмму Поиск книг Google для всех иользователей, иоэтому исиользуйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.

- Не отиравляйте автоматические заиросы.
  Не отиравляйте в систему Google автоматические заиросы любого вида. Если Вы занимаетесь изучением систем машинного иеревода, оитического расиознавания символов или других областей, где достуи к большому количеству текста может оказаться иолезным, свяжитесь с нами. Для этих целей мы рекомендуем исиользовать материалы, иерешедшие в свободный достуи.

- Не удаляйте атрибуты Google.
  В каждом файле есть "водяной знак" Google. Он иозволяет иользователям узнать об этом ироекте и иомогает им найти доиолнительные материалы ири иомощи ирограммы Поиск книг Google. Не удаляйте его.

- Делайте это законно.
  Независимо от того, что Вы исиользуйте, не забудьте ироверить законность своих действий, за которые Вы несете иолную ответственность. Не думайте, что если книга иерешла в свободный достуи в США, то ее на этом основании могут исиользовать читатели из других стран. Условия для иерехода книги в свободный достуи в разных странах различны, иоэтому нет единых иравил, иозволяющих оиределить, можно ли в оиределенном случае исиользовать оиределенную книгу. Не думайте, что если книга иоявилась в Поиске книг Google, то ее можно исиользовать как угодно и где угодно. Наказание за нарушение авторских ирав может быть очень серьезным.

О программе Поиск кпиг Google

Миссия Google состоит в том, чтобы организовать мировую информацию и сделать ее всесторонне достуиной и иолезной. Программа Поиск книг Google иомогает иользователям найти книги со всего мира, а авторам и издателям - новых читателей. Полнотекстовый иоиск ио этой книге можно выиолнить на странице `http://books.google.com/`

1503,
A7
Kasso, L.
Poniatie o zalogie
41
744
0
1

Понятіе о залогѣ

въ

современномъ правѣ.

Изслѣдованіе

Л. Кассо.

Юрьевъ.
Типографія К. Маттисена.
1898.

Дозволено цензурою. — Юрьевъ, 1 октября 1898 года.

Мысль о настоящей работѣ возникла при чтеніи проекта вотчиннаго устава 1892 г. Статьи, посвященныя въ немъ залогу, вызвали въ авторѣ желаніе ближе изучить дѣйствующее у насъ право, на смѣну котораго является проектъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ подробнѣе ознакомиться съ тѣми иностранными законодательствами, которыя послужили образцомъ редакціонной коммиссіи. Въ западномъ же правѣ обнаружилось римское понятіе о залогѣ, которое пришлось выдѣлить, и тогда рядомъ съ нимъ показались слѣды средневѣковыхъ воззрѣній, потребовавшихъ выясненія. Такимъ образомъ сложились главные отдѣлы этого изслѣдованія, но для распредѣленія ихъ въ самой книгѣ избранъ другой планъ, болѣе соотвѣтствующій историческому порядку развитія залоговаго права.

Харьковъ.
6-го октября 1898. *Л. К.*

Введеніе.

Усвоеніе римскаго залоговаго права западной Европой считается теперь, какъ извѣстно, однимъ изъ наименѣе удачныхъ эпизодовъ въ исторіи рецепціи иноземныхъ институтовъ. И не смотря на возрожденіе національныхъ началъ въ теченіе послѣднихъ ста лѣтъ[1]), практическія послѣдствія этого усвоенія до сихъ поръ не устранены изъ цѣлаго ряда территорій[2]). Въ области теоріи вліяніе римскаго права здѣсь не менѣе значительно. Современнымъ юристамъ еще не удалось окончательно охарактеризовать нынѣшнее залоговое право, потому что они не успѣли освободиться отъ римскихъ воззрѣній и отъ связанныхъ съ ними и далеко еще не прекратившихся споровъ романистовъ[3]). Удовлетворительное же опредѣленіе со стороны сихъ послѣднихъ встрѣчаетъ затрудненія, вытекающія изъ самой исторіи римскаго залога, начавшагося съ вещнаго обезпеченія, а впослѣдствіи распространившагося на права и требованія.

---

1) Roth (Archiv für d. civ. Praxis T. 62, стр. 98) тѣмъ не менѣе отрицаетъ всякую связь между средневѣковымъ залоговымъ правомъ и современнымъ.

2) См. Kuntze, Zur Geschichte des römischen Pfandrechts. Leipzig, 1893, Lief. I, стр. 5.

3) Ср. Dankwart. Nationalöconomie und Juriprudenz. III, стр. 48–49 и прим. 49.

Тѣмъ не менѣе изслѣдователи въ своихъ работахъ считаютъ большей частью нужнымъ выставлять общее опредѣленіе [1]), примѣнимое ко всѣмъ видамъ залога. Одни [2]) называютъ его правомъ на извѣстный объектъ, считая при этомъ, что когда заложено право, объектомъ залога являются тѣ предметы, на которые простирается правомочіе, служащее обезпеченіемъ требованію. Другіе [3]), наоборотъ, считаютъ залогъ всегда правомъ на право, полагая, что при залогѣ тѣлесной вещи предметомъ обезпеченія является право собственности, которое имѣетъ на нее должникъ. Наконецъ, третьи, какъ Sohm, [4]) стараются въ этомъ отношеніи занять среднее мѣсто, давая одну характеристику залога, составленную въ такихъ общихъ выраженіяхъ, что легко вывести изъ нея тѣ отдѣльныя опредѣленія, которыя примѣнимы къ залогу вещей и къ залогу правъ.

Но кромѣ того затрудненіемъ для установленія понятія о залоговомъ правѣ является самое содержаніе этого права. Залоговое право, какъ право, создающее въ пользу залогодержателя исключительное положеніе по отношенію къ извѣстной части чужаго имущества, можетъ быть отнесено къ той категоріи правомочій, которыя романисты называютъ вещными правами. Но среди послѣднихъ оно тѣмъ не менѣе занимаетъ обособленное мѣсто въ виду того, что оно въ отличіе отъ нихъ не имѣетъ цѣлью ни пользованіе, ни обладаніе вещью, а только полученіе извѣстнаго размѣра ея

---

1) Въ пользу одного общаго опредѣленія высказался еще недавно E. Demelius. Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach oesterreichischem bürgerlichem Rechte (1897), стр. 237.

2) Exner. Kritik des Pfandrechtsbegriffes, стр. 189.

3) Bremer. Pfandrecht und Pfandobjecte, стр. 48, 55, 59, 87.

4) Die Lehre vom Subpignus, стр. 12 сл.

стоимости, и что, кромѣ того, съ осуществленіемъ этого правомочія залогодержателя связано прекращеніе самого залоговаго права. Эта послѣдняя черта, общая со всѣми личными требованіями, вызвала въ литературѣ оригинальную попытку [1]), выставить для римскаго залога понятіе объ obligatio rei и признать за ней характеръ обязательства съ предметно ограниченной отвѣтственностью въ отличіе отъ obligatio personae.

Этотъ взглядъ который можно было считать окончательно устраненнымъ аргументаціей Dernburg'a [2]), доказавшаго, что картинныя выраженія источниковъ въ этомъ вопросѣ не имѣютъ абсолютной силы для разрѣшенія даннаго спора и что отрицаніе за залогомъ характера jus in rem только затрудняетъ объясненіе цѣлаго ряда функцій вещнаго обезпеченія у Римлянъ. Взглядъ этотъ однако былъ выставленъ еще впослѣдствіи Brinz'омъ, который въ связи съ этимъ ученіемъ рѣшился построить общее понятіе объ отвѣтственности, обнимающей Personenhaftung и Sachhaftung въ качествѣ подвидовъ [3]). Brinz впрочемъ въ вопросѣ объ опредѣленіи характера римской ипотеки не придаетъ ея акцессорному характеру рѣшающаго значенія [4]), тогда какъ другіе изслѣдователи наоборотъ выбрали этотъ моментъ,

---

1) См. Sintenis, Handbuch des gem. Pfandrechts (1836) стр. 5. Еще дальше идетъ Büchel въ своихъ Civilrechtliche Erörterungen (2-ое изд.) стр. 259, 269, 447 сл., гдѣ онъ не останавливается даже передъ олицетвореніемъ заложеннаго предмета, который онъ считаетъ носителемъ обязательства.

2) Pfandrecht (1860) I § 12. Еще до него Bachofen. Das römische Pfandrecht (1847) стр. 226. Ср. также Exner l. c. стр. 50 и Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse стр. 80 сл.

3) Pandecten T. II. (2-ое изд. 1879—1882) §§ 207 и 208.

4) Der Begriff obligatio въ Grünhuts Zeitschrift I. стр. 27.

какъ главное основаніе для своей аргументаціи [1]). При этомъ нельзя не указать на противоположные результаты, къ которымъ они пришли. Sintenis [2]) усматриваетъ самое убѣдительное доказательство личнаго характера залоговаго права въ его акцессорности, а Bruns [3]) наоборотъ считаетъ римскую ипотеку вещнымъ правомъ, именно, потому что она служитъ опредѣленному требованію.

Болѣе осторожную точку зрѣнія отстаиваютъ тѣ романисты, которые полагаютъ, что соотношеніе, существующее между требованіемъ и его вещнымъ обезпеченіемъ, до извѣстной степени объясняетъ нѣкоторыя особенности [4]), но все-таки не можетъ служить руководствомъ для установленія самой сущности этого института [5]).

Тѣмъ не менѣе будетъ, можетъ быть, не излишне остановиться на понятіи о придаточности римскаго залога, уже потому, что ея значеніе не всегда правильно оцѣнивалось въ той части литературы, которая стремилась провести безусловную тождественность римскихъ и современныхъ воззрѣній [6]).

---

1) См. напр. Scheurl. Krit. Vierteljahrschrift. II, стр. 498.

2) Handbuch des gemeinen Pfandrechts, стр. 11.

3) Holtzendorfs Encyklopädie (2 изд.), стр. 374.

4) Ср. Arndts Pandecten § 364.

5) Ср. Ziebarth. Die Realexecution und die Obligation. § 21. — Schmidt. Grundsätze des gem. u. preussischen Pfandrechts. § 1.

6) Такъ напр. Simon (Ueber die Selbständigkeit des Pfandrechts въ Archiv für civ. Praxis 41, стр. 61), который старается доказать уже для римскаго права самостоятельность залога. Hahn (Die materielle Uebereinstimmung röm. und germanischer Rechtsprincipien, стр. 423) наоборотъ усматривалъ въ самостоятельности нынѣшней ипотеки лишь временное явленіе, неспособное выдержать натискъ римскаго ученія. Schott (Iherings Jahrbücher. XV. стр. 31, 55), правильно оцѣнивая значеніе акцессорности у Римлянъ, впадаетъ тѣмъ не менѣе въ крайности при почеркиваніи общихъ чертъ между римскимъ и современнымъ залоговымъ правомъ.

При старѣйшей [1]) формѣ реальнаго кредита у Римлянъ, при fiducia, вѣритель, получая въ видѣ обезпеченія право собственности на опредѣленную вещь, не лишался вслѣдствіе этого возможности осуществить требованіе, для котораго былъ установленъ залогъ. Онъ сохранялъ actio, вытекающую изъ личнаго правоотношенія, которое не уничтожалось передачей вещи. Понятно, что вчинаніе личнаго иска со стороны фидуціарнаго кредитора, имѣющаго въ своемъ имуществѣ предметъ, достаточный для удовлетворенія, могло вызвать exceptio doli со стороны должника [2]). Но искъ тѣмъ не менѣе принадлежалъ заимодавцу и въ извѣстныхъ случаяхъ онъ осуществлялъ свое призваніе, давая истцу то удовлетвореніе, которое послѣдній не въ состояніи былъ получить изъ вещнаго обезпеченія, такъ напр. въ случаѣ порчи или пропажи заложенной вещи. Мы имѣемъ основаніе думать, что при fiducia рискъ за случайную гибель лежалъ на должникѣ, несмотря на то, что собственность принадлежала кредитору; послѣдній могъ такимъ образомъ взыскивать свое требованіе съ остальнаго имущества залогодателя [3]).

---

1) Невозможно опредѣлить время возникновенія фидуціи въ Римѣ, тѣмъ болѣе, что нѣтъ основанія предполагать, что она, въ качествѣ обезпечительнаго средства, возникла позже, чѣмъ fideiussio. Ср. Karlowa. Römische Rechtsgeschichte. II. стр. 572.

2) См. однако Dernburg. Pfandrecht. I. стр. 12.

3) Это вытекаетъ изъ l. 22 pr. D. de pign. act. 13. 7., въ которой Lenel (Quellenforschungen in den Edictcommentaren въ Savigny Zeitschrift. III) доказалъ интерполяцію: si fiducia subrepta furti egerit creditor, totum quidquid percepit debito eum imputare Papinianus confitetur, et est verum etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Здѣсь говорится о debitum, что было бы немыслимо, если бы вещное обезпеченіе поглощало обязательство. Это мѣсто устанавливаетъ для кредитора обязанность засчитывать полученное путемъ иска даже, когда истребленіе вещи вызвано его нерадѣніемъ. Юристъ настаиваетъ на этомъ случаѣ, потому

Въ этомъ и выражается существенное отличіе между fiducia и продажей съ правомъ выкупа, когда послѣдній договоръ покрываетъ кредитную сдѣлку съ реальнымъ обезпеченіемъ; въ такомъ случаѣ кредиторъ, пріобрѣтая вещь, становится покупщикомъ на общихъ началахъ: передача вещи исчерпываетъ его правомочія и случайное уничтоженіе вещи впослѣдствіи не даетъ ему возможности вчинать искъ противъ продавца. Наоборотъ, fiducia этого дѣйствія не имѣетъ; она создаетъ только добавочное обезпеченіе, не нарушая при этомъ значенія обезпеченнаго обязательства, которое остается въ силѣ до достиженія той общей цѣли, которой служатъ одновременно требованіе и залогъ [1]). Даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ съ фидуціей связана lex commissoria [2]), требованіе не поглощается вещнымъ

что при наличности culpa кредиторъ отвѣчаетъ за потерю вещи. Изъ этого приходится вывести заключеніе, что при случайной потерѣ онъ не отвѣчаетъ, и что слѣдовательно рискъ лежитъ на должникѣ. Въ прежней литературѣ господствовалъ противоположный взглядъ, см. напр. Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen II, § 767; Rein Privatrecht, стр. 350 и 351. Wächter, Arch. f. civ. Praxis XV, стр. 137 давалъ однако кредитору право требовать излишекъ долга, непокрытый стоимостью пропавшей вещи.

1) Разницу между fiducia и продажей съ правомъ выкупа хорошо освѣщаетъ также интерполированная l. 24 pr. D. 13. 7: eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut fiduciam possideret eaque evicta esset, an habeat contrariam fiduciae. et videtur finita esse fiduciae obligatio et a contractu recessum. Если бы фидуціарный кредиторъ былъ приравненъ обыкновенному покупщику, то это мѣсто не имѣло бы смысла. Требованіе прекратилось здѣсь не въ силу передачи вещи, а вслѣдствіе impetratio possessionis. Ср. Oertmann. Die Fiducia стр. 182.

2) Спорный когда то въ литературѣ вопросъ (см. Muther. Die Sequestration стр. 380) объ обязательности lex commissoria при fiducia рѣшенъ теперь отрицательно, благодаря найденному въ Помпеѣ (1887) документу, въ которомъ Eck (Zeitschrift der Sav. Stiftung IX, стр. 60)усмотрѣлъ pactum fiduciae. Слова „Si ea pecunia omnis mihi K. Novem. primis soluta non erit, ut mihi liceat ea mancipia Idibus Decembr. vendere“ наглядно доказываютъ отсутствіе lex commissoria въ данномъ случаѣ.

обезпеченіемъ. Заключеніе этого побочнаго договора имѣло результатомъ невозможность для должника потребовать обратно вещь въ случаѣ просрочки. Для кредитора однако право выбора остается нетронутымъ; онъ можетъ воспользоваться окончательнымъ обогащеніемъ, которое даетъ ему съ наступленіемъ срока lex commissoria. Но отъ него зависитъ воспользоваться этимъ правомъ [1]); пока онъ этого не сдѣлалъ, личное требованіе принадлежитъ ему на общихъ основаніяхъ [2]). Такимъ образомъ и lex commissoria не въ состояніи приравнить fiducia куплѣ-продажѣ съ pactum de retrovendendo; въ послѣднемъ правоотношеніи требованіе окончательно исчезаетъ и кредиторъ, получивъ вещь, не имѣетъ уже возможности воздѣйствовать на остальное имущество продавца.

Отличительная же черта фидуціи сохранилась также и въ другихъ формахъ римскаго залога: обезпеченное обязательство остается въ силѣ въ томъ смыслѣ, что кредиторъ въ силу залога получаетъ только добавочное упроченіе и не лишается права осуществлять свое требованіе путемъ личнаго иска. Послѣдній имѣлъ свое особое значеніе въ эпоху выдачи головой несостоятельнаго должника, когда наложеніе личной отвѣтственности являлось могучимъ оружіемъ въ рукахъ залогодержателя [3]). А впослѣдствіи, когда въ связи съ развитіемъ исполнительнаго процесса кредиторъ получилъ возможность добиваться передачи

---

1) Это вытекаетъ несомнѣнно изъ l. 3 D. 18. 3., которую можно примѣнить и къ залоговому праву. См. Lenel, l. c. стр. 112. — Ср. еще Brinckmann. Die lex commissoria beim Pfandrechte. (1892) стр. 23.

2) § 9 fragm. Vat. относится къ куплѣ-продажѣ, а не къ lex commissoria. См. Dernburg Pfandrecht II. стр. 282 сл.

3) Ср. Dernburg. Pfandrecht § 1.

заложенной вещи [1]), личный искъ, угрожая открытіемъ конкурса, служилъ иногда болѣе энергичнымъ понудительнымъ средствомъ, чѣмъ право на удовлетвореніе изъ опредѣленной вещи.

Въ литературѣ однако встрѣчаются попытки отыскать у Римлянъ обезпеченіе интереса посредствомъ залога вещи безъ личнаго требованія. Подобный характеръ долженъ быть, по словамъ Mommsen'a [2]), признанъ за praediatura. Къ сожалѣнію скудость источниковъ не даетъ намъ возможности составить себѣ ясное представленіе объ этомъ институтѣ [3]), такъ что и противоположное утвержденіе не лишено основанія [4]). Даже если признать, что praediatura отличается въ этомъ смыслѣ отъ fiducia [5]), то это можно будетъ объяснить особымъ положеніемъ, занимаемымъ казной по отношенію къ своимъ должникамъ. Очевидно, что нельзя [6]) выставлять прединатуру, какъ явленіе, способное дать опредѣленную характеристику римскаго реальнаго кредита.

То же самое нужно сказать относительно права принадлежащаго лицу, выкупившему плѣннаго. Послѣдній остается

---

1) Первоначально искъ изъ залога устанавливалъ для истца только право на litis aestimatio, въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикъ уклонялся отъ передачи вещи. См. l. 21 § 3 D. de pign. 20. 1: si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda; l. 16 § 3. 6. D. eod. tit. Ср. ипотечную формулу у Lenel, Edictum perpetuum. стр. 397.

2) Stadtrecht von Salpensa und Malaca въ Abhandlungen der sächsischen Gesellschaft für Wissenschaft (1857), III, стр. 471 сл.

3) Bachofen, Pfandrecht, стр. 223 отрицаетъ вообще за нимъ характеръ реальнаго обезпеченія.

4) Ср. Göppert. Zur Lehre von den praedes въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, IV, (1864), стр. 274 сл., и также Rivier. Untersuchungen über die cautio praedibus praediisque, стр. 73.

5) Это отрицается цѣлымъ рядомъ изслѣдователей. См. напр. Walter, Rechtsgeschichte, 620; Stintzing. Bona fides, стр. 23 прим.

6) По примѣру Brinz'a (Grünhut's Zeitschrift I, стр. 28).

подъ властью выкупающаго до возвращенія ему уплаченной за освобожденіе суммы. Redemtor имѣетъ въ теченіе этого времени право удерживать у себя освобожденнаго, но не можетъ требовать съ него выкупной суммы[1]), такъ какъ деньги были уплачены въ то время, когда плѣнный не считался правовымъ субъектомъ и вслѣдствіе этого не могло быть обязательственнаго отношенія между выкупающимъ и выкупленнымъ. Kohler усматриваетъ въ такомъ отсутствіи личной отвѣтственности зародыши института, напоминающаго современную Grundschuld[2]). Это смѣлое предположеніе основывается на тѣхъ изреченіяхъ источниковъ[3]), гдѣ право на личность выкупленнаго называется pignus, какъ видно, для того, чтобы провести грань между правомочіями выкупающаго и potestas надъ римскимъ рабомъ[4]). Но это слово не имѣетъ въ данномъ случаѣ специфическаго значенія; оно скорѣе употребляется какъ описательное выраженіе[5]), чѣмъ съ цѣлью дать полное опредѣленіе этого правоотношенія. Не смотря на внѣшнее сходство правомочія redemtor'a съ положеніемъ закладодержателя, между ними остается тѣмъ не менѣе разница, которая выражается въ отсутствіи права продажи для redemtor'a. По истеченіи извѣстнаго срока услуги выкуплен-

---

1) Противоположное утвержденіе Dirksen'a. (Hinterlassene Schriften, II, стр. 268), уничтожается l. 15 D. de captivis 49, 15,

2) Pfandrechtliche Forschungen, стр. 50.

3) L. 21 D. de capt. 49. 15; l. 19 § 9. eod. tit.

4) Ср. Bachofen. Pfandrecht, стр. 274. Hase. Das jus postliminii, стр. 164 сл.

5) L. 20 § 1 D. qui test fac. 28. 1 .... hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri. L. 2 C. de postlim. 8. 50.: ab hostibus redempti, quoad exsolvatur pretium, magis in causam pignoris constituti, quam in servilem condicionem videntur esse detrusi.

наго считаются достаточнымъ возмездіемъ для лица, освободившаго плѣннаго, и правоотношеніе прекращается [1]). Здѣсь нѣтъ ни distractio, ни присвоенія объекта (со стороны закладодержателя), безъ которыхъ трудно представить себѣ римское право, по крайней мѣрѣ въ классическую эпоху [2]). Kohler [3]) впрочемъ старается доказать, что, несмотря на укорененіе права продажи залогодержателя, существовала еще другая фомра вещнаго обезпеченія: залоговое пользованіе или Nutzungspfandrecht, при которомъ кредиторъ получаетъ только право на пользованіе вещью, безъ права отчужденія и присвоенія собственности, такъ что здѣсь плоды являлись единственнымъ (и вмѣстѣ съ тѣмъ исключительнымъ) предметомъ удовлетворенія для

---

1) L. 20 § 2 C. de postlim. 8. 50. Впрочемъ Kohler l. c. стр. 350 самъ сознаетъ эту разницу (. . . . . mag dies ein unvollkommenes Pfandrecht sein . . . . .).

2) При установленіи pignus'a въ первое время приходилось прибѣгать къ pactum de distrahendo, такъ какъ pignus является скорѣе фактическимъ состояніемъ и въ качествѣ таковаго не могъ давать кредитору jus distrahendi. Ср. Gaius. II, 64 и l. 73 D. de furtis 47. 2. Право продажи установилось здѣсь сравнительно поздно (Voigt. Das pignus der Römer bis zu seiner Umwandelung zum Rechtsinstitute въ Berichte der K. S. Ges. d. Wiss. Phil. Cl. 1888, стр. 274), какъ это явствуетъ изъ ссылокъ на pactum de pignore vendendo въ цѣломъ рядѣ мѣстъ. См. Girard. Manuel de droit romain (2 éd.), который впрочемъ преувеличиваетъ ихъ значеніе для классическаго періода. Но при fiducia мы имѣемъ основаніе думать, что кредиторъ всегда и съ самаго начала имѣлъ право продать вещь, не смотря на то, что онъ этимъ могъ нарушить свои личныя обязательства по отношенію къ должнику. Ср. Oertmann, Die Fiducia, стр. 195 сл. — и § 5. Paul. Sent. II, 13. См. однако Pernice. Labeo III, 139. Что же касается ипотеки, то она перешла непосредственно изъ Греціи въ Римъ, какъ право на удовлетвореніе путемъ продажи. Ср. Dernburg. Pfandrecht, I, стр. 86. Возможно впрочемъ, что въ другихъ отношеніяхъ укорененію иноземной ипотеки въ Римѣ способствовала и praediatura. См. Jörs. Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik (1888) стр. 153.

3) Pfandrechtliche Forschungen, стр. 68 сл.

залогодержателя, въ отличіе отъ pactum antichreticum [1]), гдѣ они только замѣняютъ проценты. Въ такомъ правоотношеніи можно себѣ представить отсутствіе личнаго требованія со стороны кредитора, для котораго пользованіе вещью является тогда эквивалентомъ кредитованной суммы. Но это поглощеніе вовсе не обязательно; а кромѣ того мы не имѣемъ никакихъ доказательствъ того, что Римляне удержали подобную форму залога, гдѣ пользованіе взятой въ залогъ вещью является предѣльнымъ правомочіемъ для кредитора, лишеннаго возможности получить ея стоимость путемъ продажи. Въ защиту своего предположенія Kohler приводитъ l. 7 § 2 D. 20. 5., въ которой онъ усматриваетъ pactum de non distrahendo pignore; для этого онъ читаетъ: quaeritur, si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere vel pignus . . . . Et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.

Но на это мѣсто трудно опираться уже потому, что текстъ его не можетъ быть безспорно установленъ [2]). Еще менѣе убѣдительна ссылка Kohler'a на l. 9 § 2 D. de suppell. leg. 33. 10., гдѣ рѣчь идетъ очевидно о fiducia [3]).

Не уклоняясь отъ истины, можно такимъ образомъ отмѣтить отличительную черту вещнаго обезпеченія у Римлянъ: придаточность [4]) въ смыслѣ служенія личному тре-

---

1) Ср. l. 11, § 1 D. de pignoribus, которую Kohler (l. c. стр. 79) безъ достаточнаго основанія относитъ къ Nutzungspfandrecht.

2) См. по этому поводу литературу, приведенную у Arndts, Pandecten, § 132 п. 5.

3) Новѣйшей попыткой доказать допустимость воспрещенія продажи въ юстиніановомъ правѣ является соч. Walther'a, Ueber das pactum de non distrahendo pignore. Erfurt, 1896.

4) Не можетъ быть рѣчи о придаточности, когда залоговое право поглощаетъ въ себѣ личное требованіе, для котораго оно было создано,

бованію, для котораго установливается залогъ [1]), и которое продолжаетъ существовать до удовлетворенія кредитора; придаточность здѣсь кромѣ того выражается еще въ томъ, что дѣйствительность залога поставлена въ зависимость отъ дѣйствительности требованія и, что всѣ ограниченія перваго отражаются на второмъ [2]). Такая подчиненность вещнаго права личному должна была побудить юристовъ классической эпохи подвести залогъ подъ понятіе объ accessio [3]), и сознаніе этой связи [4]) сохранилось до позднѣйшаго періода исторіи римскаго права [5]). Въ силу этой связи вещное право прекращается только по достиженіи общей съ требованіемъ цѣли [6]); предъявленіе этого требо-

---

когда кредиторъ вмѣсто двухъ исковъ имѣетъ только одинъ искъ, направленный противъ опредѣленнаго предмета. Разницу, существующую между такимъ залогомъ и римскимъ, можно было бы сравнить съ разницей, существующей между novatio privativa и сдѣлкой, которую Bähr, Die Anerkennung, стр. 46 сл., называетъ „accessorische Stipulation“. Нельзя во ясякомъ случаѣ согласиться съ Goldschmidt (Handbuch, I, стр. 906, 1-ое изд.), отрицающимъ значеніе, которое имѣетъ для опредѣленія характера залоговаго права вопросъ объ объемѣ отвѣтственности залогодателя.

1) Ср. Gesterding. Die Lehre vom Pfandrechte, стр. 5.

2) L. 24. D. de sol. 46. 3; l. 9 § 9, l. 11 § 1. 5. D. de pign. act. 13. 7; l. 4 D. qui pot. 20. 4; l. 6 pr. D. quib. mod. pign. solv.; l. 3 C. 8. 31; l. 19 C. de usur. 4. 32; l. 49 D. 46. 3; l. 3. pr. l. 13 D. quib. mod. pign. vel hyp. solv.

3) См. l. 43. D. de sol. 46. 3.

4) Ср. l. 69 § 3. D. de leg. I; l. 26. 66 § 6; l. 76 § 2. D. de leg. II.

5) См. Схол. (6 fin.) къ Базил. XI. I. C. 7 § 3—6.

6) Въ литературѣ было высказано мнѣніе (Bekker. Jahrbuch d. gem. Rechts IV, стр. 419; Schott, l. c. стр. 39), что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ личное право прекращается безъ удовлетворенія кредитора, залоговое право продолжаетъ существовать. При этомъ очевидно упускается изъ виду (такъ напр. Büchel въ Civil. Erörterungen, Wirkung d. Klagenverjährung, стр. 50), что прекращеніе требованія вмѣстѣ съ тѣмъ означаетъ большей частью также прекращеніе общей цѣли, которой служитъ залоговое право или по крайней мѣрѣ установленіе новыхъ средствъ для ея достиженія. Аргументація, стремящаяся къ обобщенію смысла l. 2 C. de luitione pig. (см. объ этомъ ниже стр. 20, прим. 2), должна привести къ заключенію, что при novatio и при confusio (см. Schwanert.

ванія [1]) и даже присужденіе долга судебнымъ рѣшеніемъ [2]) не въ силахъ уничтожить залоговое право. Послѣднее становится ненужнымъ и прекращается только тогда, когда кредиторъ дѣйствительно получаетъ то, на что онъ имѣетъ право [3]).

Но съ другой стороны эта тождественность экономической цѣли, преслѣдуемой обоими правами, нисколько не отражается на участи требованія, которое продолжаетъ играть свою роль [4]). Залогодержатель можетъ осуществить принадлежащее ему личное право, не смотря на то, что онъ имѣетъ въ рукахъ другое средство въ видѣ вещнаго права. Отъ него зависитъ обратиться къ одной или другой формѣ защиты [5]). Если онъ возьмется сначала за вещный искъ, и не получитъ этимъ путемъ слѣдующаго ему удовлетворенія, ему предоставлено воспользоваться кромѣ

Die Naturalobligationen, стр. 404) залоговое право остается въ силѣ, что несомнѣнно противорѣчитъ источникамъ, l. 18 D. de novat. и по аналогіи l. 71 D. de fideiuss. Ср. Francke. Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, стр. 101.

1) L. 24 D. 20. 1 (Здѣсь обнаруживается разница между дѣйствіемъ litis contestatio и обыкновенной novatio).

2) Ср. l. 4 § 5 D. 42. 1; l. 13 § 4 D. 20. 1. Изъ словъ „suas condiciones habet hypothecaria actio“ нельзя вывести аргументъ противъ придаточности въ вышеизложенномъ смыслѣ. Ср. Vangerow. Pandecten, § 364 прим. 1.

3) До Юстиніана для кредитора нѣтъ обязанности вчинать сначала личный искъ. О значеніи словъ „denunciationibus convenire“ въ l. 10 C. 8.14 см. Dernburg Pfandrecht II стр. 378 противъ Thon'a въ Lindes Zeitschrift. VIII. стр. 344 сл.

4) Это явленіе въ римскомъ правѣ врядъ-ли можно объяснить вліяніемъ греческаго права. Ср. Hinrichs, Das griechische Pfandrecht. (1895) стр. 131.

5) L. 10 C 4. 10. Adversus debitorem electis pignoribus personalis actio non tollitur, sed eo, quod de pretio servari potuit, in debitum computato de residuo manet integra.

того и личнымъ искомъ [1]). Недостаточность заложенной вещи не можетъ улучшить положеніе должника, который не перестаетъ отвѣчать всѣмъ своимъ имуществомъ [2]). Должникъ не можетъ уступкой заложеннаго имущества освободиться отъ обязанности исполнить обѣщанное дѣйствіе [3]). И наоборотъ, отказъ отъ залога со стороны залогодержателя не имѣетъ значенія отпущенія долга [4]).

Римлянамъ было чуждо воззрѣніе на залогъ, какъ на право, предоставляющее управомоченному лицу возможность требовать извѣстныхъ дѣйствій со стороны обязавшагося субъекта. Лицо, желающее напр. учредить animo donandi въ пользу другаго право на полученіе извѣстной суммы, не могло ограничиться установленіемъ залога на вещь соотвѣтствующаго достоинства. Подобный образъ дѣйствія не можетъ съ римской точки зрѣнія вести къ желанному результату, если не будетъ доказано, что сдѣлкой, устано-

---

1) L. 9 D. 20. 5, Quaesitum est, si creditor ab emtore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset. Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit. manere debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta. Pomponius autem lectionum libro secundo ita scripsit, quod in pignoribus dandis adici solet, ut, quo minus pignus venisset, reliquum debitor redderet, supervacuum est, quia ipso jure ita se res habet, etiam non adjecto eo. L. 28 D. 12, 1. Creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem ejus debiti quantitatis, in quam pignus non sufficit. L. 3 C. de distr. pign. 8. 27. Hypothecis vel pignoribus a creditore venumdatis, in id quod deest adversus reum vel fideiussorem actio competit.

2) L. 8 C. si certum petatur 4.2. Si pro mutua pecunia quam a creditore poscebas, argentum vel jumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori . . . nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, quominus huius quantitatis solutioni pareas.

3) L. 1 C. 8. 13. Debitor, qui pignoribus profitetur se creditoribus cedere, nihilo magis liberabitur.

4) L. 1 § 1 D. 20. 6. cui (donationi) non locus est in pignore liberando.

вившей залоговое право, было одновременно создано личное требованіе изъ даренія [1]).

Можно себѣ, конечно, представить побочную сдѣлку при установленіи залога, въ силу которой стороны постановляютъ, что случайная пропажа заложенной вещи прекращаетъ дальнѣйшую отвѣтственность должника; залогъ возникаетъ тогда въ пользу обусловленнаго требованія [2]). Наступленіе резолютивнаго условія равняется уничтоженію залоговаго права и одновременно прекращаетъ личное обязательство. Мы находимъ въ источникахъ указанія на то, что подобныя сдѣлки допускались у Римлянъ, хотя нѣтъ основанія предполагать, вмѣстѣ съ Dernburg'омъ [3]), что такое сосредоточеніе отвѣтственности на одномъ предметѣ соотвѣтствовало установившемуся обычаю [4]).

Гораздо труднѣе съ точки зрѣнія римскаго права допустить побочное условіе, въ которомъ стороны постановляютъ, что, если продажа заложенной вещи не покроетъ долга, кредиторъ не будетъ имѣть дополнительнаго удовлетворенія путемъ личнаго иска. Такая конструкція не удободопустима, уже потому, что подобная оговорка съ самаго начала уничтожаетъ обязательство [5]), въ пользу котораго создается вещное обезпеченіе. Leist [6]) тѣмъ не менѣе предполагаетъ

---

1) Ср. l. 8 § 15 D. de transact. 2. 15.

2) L. 6. C. 4. 24 ... et ideo creditor pignora, quae hujusmodi causa interierunt, praestare non compellitur, nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.

3) Pfandrecht. II. стр. 205 п. 1.

4) Ср. напр. l. 9. C. de act. pign. 4. 24 (293). Pignus in bonis debitoris permanere ideoque ipsi perire in dubium non venit.

5) Ср. Kohler въ Grünhuts Zeitschrift XIV. стр. 13.

6) Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignungen von Mobilien, (1889) стр. 101.

возможность такихъ оговорокъ у Римлянъ; онъ имѣетъ въ виду, по всему вѣроятію, pactum de non petendo in personam, о которомъ говоритъ l. 5 pr. D. 20, 6 [1]). Но если принять во вниманіе, что такое pactum только отлагаетъ исполненіе обязательства и ставитъ его въ зависимость отъ вступленія въ долговыя отношенія другаго субъекта [2]), то названное мѣсто получаетъ другое значеніе. Тамъ рядомъ съ отпущеніемъ долга, уничтожающимъ вещное обезпеченіе, разсматривается положеніе залоговъ, когда заключенъ pactum de non petendo in personam; юристъ рѣшаетъ, что залоги остаются въ силѣ точно также, какъ и обезпечиваемое обязательство.

Противъ придаточности въ вышеизложенномъ смыслѣ нельзя приводить [3]) тѣ мѣста источниковъ [4]), которыя говорятъ объ установленіи залоговаго права до возникновенія требованія, поставленнаго въ зависимость отъ наступленія срока или условія. Нѣтъ основанія усматривать въ этихъ случаяхъ проявленіе самостоятельности залоговаго права, только потому, что оно считается возникшимъ раньше, чѣмъ обезпеченное требованіе. Съ понятіемъ объ общности цѣли, преслѣдуемой обоими правами, не связана необходимость ихъ одновременнаго возникновенія. Вещное право призвано

---

1) Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: solvitur hypotheca et si ab eo discedatur aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat; nisi si quis dicat pactum interpositum esse, ut a persona non petatur. Et quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit? sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem et in hoc casu possunt dici, ut et ab hypotheca discedatur. Ср. Bekker, Die Wirkung der Klagenverjährung въ Jahrbuch d. gem. Rechts, IV. стр. 420.

2) Ср. l. 17 § 3 D. de pact. 2. 14.

3) Какъ это дѣлаетъ Schott, l. c. стр. 15.

4) L. 1. 11 pr. D. qui pot. in pign. 20. 4; l. 5 pr. D. 20, 1.

тѣмъ не менѣе осуществляться лишь въ то время, когда ожидаемое требованіе успѣетъ принять окончательный видъ. И если римское право въ такомъ случаѣ относитъ залогъ къ болѣе раннему моменту, то исключительно для того, чтобы дать ему старшинство передъ другими послѣдовавшими потомъ ипотеками, а отнюдь не съ цѣлью создать вещное обезпеченіе, отрѣшенное отъ обязательства. Въ виду этого понятно, что нѣкоторые изслѣдователи[1]) не рѣшаются объяснить это старшинство возникновеніемъ самаго вещнаго права въ день заключенія залоговой сдѣлки, а предлагаютъ построеніе, въ силу котораго залоговое право считается установленнымъ въ день возникновенія обязательства, но съ преимуществомъ передъ всѣми остальными ипотеками, успѣвшими возникнуть послѣ заключенія залоговой сдѣлки[2]).

Въ связи съ подобными явленіями, не нарушающими придаточнаго характера залоговаго права, нужно упомянуть о тѣхъ правоотношеніяхъ, изъ которыхъ, въ виду допущенія въ нихъ залоговыхъ правомочій въ пользу собственника, неоднократно[3]) выводилось, что по римскому праву залогъ можетъ имѣть характеръ самостоятельнаго права.

---

1) Regelsberger. Altersvorzug des Pfandrechts стр. 19 сл., 40 сл. Scheurl. Krit. Ueberschau V стр. 30. — Ср. также Ihering. Passive Wirkung des Rechts въ Jahrbücher f. Dogmatik X стр. 482 сл.

2) Къ тому же сводится примѣненіе въ данномъ случаѣ понятія объ обратной силѣ. См. Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung стр. 42. До возникновенія обязательства залогъ считается in pendente, а по наступленіи условія, отъ котораго было поставлено въ зависимость существованіе вещнаго права, послѣднее считается установившимся съ самаго начала. И при такой конструкціи нѣтъ мѣста для вещнаго обезпеченія, достигающаго намѣченной цѣли независимо отъ всякаго требованія.

3) Wening-Ingenheim въ Archiv f. civ. Praxis VI, стр. 149. — Kohler Pfandrechtliche Forschungen стр. 49. Schott. l. c. стр. 31.

Изъ числа мѣстъ, относящихся къ данному ученію, нужно конечно исключить l. 30 § 1 D 44.2 [1]), такъ какъ въ ней рѣчь идетъ наоборотъ о случаѣ, гдѣ требованіе неудовлетворено и гдѣ именно въ виду этого обстоятельства кредитору, пріобрѣвшему заложенную наслѣдодателю вещь, дается искъ, называемый юристомъ actio hypothecaria, такъ такъ онъ вкладывался въ формулу залоговаго права [2]). Что же касается до остальныхъ мѣстъ [3]), то они имѣютъ въ виду пріобрѣтеніе заложенной вещи въ связи съ прекращеніемъ требованія уничтоженнаго или путемъ datio in solutum въ пользу залогодержателя или куплей-продажей, въ силу которой третье лицо, пріобрѣвшее заложенную вещь, удовлетворяетъ изъ покупной суммы старѣйшаго кредитора. Собственникъ въ такихъ случаяхъ защищается противъ притязаній послѣдующихъ залогодержателей и получаетъ возможность вопрепятствовать осуществленію ихъ правомочій, насколько они въ состояніи нарушить его интересы [4]). Но недопущеніе другихъ залогодержателей къ непосредственному удовлетворенію врядъ-ли можно считать отступленіемъ отъ общаго принципа, на основаніи котораго залогъ прекращается, когда собственность и jus in rem alienam соединяется въ одномъ лицѣ [5]); такъ же трудно усмотрѣть здѣсь аргументъ въ пользу самостоятельности залоговаго права у Римлянъ и отрѣшенія его отъ

---

1) Ср. Bremer, Hypothek und Grundschuld стр. 50—53.

2) См. Sintenis. Pfandrechtliche Streitfragen № 2.

3) L. 1 C. 8.20; l. 3 C. 8.19; l. 17 D. 20.4.

4) Löhr въ Magazin für Rechtswissenschaft, IV стр. 74 прим.

5) Puchta, Pandecten § 202 прим. l.: Diese Fälle haben mehrere Juristen veranlasst den monströsen Begriff eines Pfandrechts an der eigenen Sache anzunehmen.

требованія. Противодѣйствіе, оказываемое пріобрѣтателемъ вещи, въ формѣ возраженія [1]) или даже иска [2]), вытекаетъ въ сущности изъ его права собственности, которое призвано здѣсь къ особенной функціи: оно должно отстаивать для него ту часть стоимости вещи, которая соотвѣтствуетъ уплаченной суммѣ. Эту привилегію собственника нельзя считать залоговымъ правомъ въ настоящемъ смыслѣ слова [3]), такъ какъ здѣсь нѣтъ основного момента ипотеки — права на удовлетвореніе путемъ distractio [4]). И нельзя не признать, что это исключительное и случайное положеніе собственника мало напоминаетъ современную Eigenthümerhypothek нѣкоторыхъ законодательствъ, которая является именно самостоятельнымъ вещнымъ обезпеченіемъ, предоставленнымъ въ распоряженіе собственнику независимо отъ существованія обязательства.

Разсматривая соотношеніе вещнаго права и обезпечиваемаго имъ обязательства [5]), мы имѣемъ въ виду нормальное явленіе, когда это личное правоотношеніе защищается соотвѣтствующимъ искомъ. Но существуютъ, какъ извѣстно, случаи, гдѣ долговое обязательство лишено своей естественной крѣпости, гдѣ объективное право не даетъ кредитору принудительнаго средства для достиженія цѣли. Эти разнородные случаи подводятся въ римскомъ правѣ подъ общее понятіе объ obligatio naturalis. Давно уже доказано, что

1) См. Buchka. Die Hypothek des Eigenthümers стр. 32 сл., 37 сл.

2) Brinz Pand. § 79; ср. по этому поводу Vangerow, Pandecten § 392.

3) Buchka l. c. стр. 28 сл.

4) Глосса къ l. 3 C. 8.19. Non ut rem habeas obligatam, sed ut te tueri possis contra omnes, ut ipse poterat.

5) Противъ акцессорности въ широкомъ смыслѣ не говорятъ тѣ случаи, гдѣ залогъ по прекращеніи первоначальнаго требованія переходитъ къ другому обязательству. Ср. l. 38 § 5 D. 46. 3.

въ этомъ ученіи обобщенія опаснѣе, чѣмъ гдѣ либо. И если l. 5 pr. D. de pign. говоритъ, что res hypothecae dari posse vel pro civili obligatione vel tantum naturali[1]), это не значитъ, что должнику и кредитору принадлежитъ безусловное право обезпечивать залогомъ всякую obligatio naturalis. Изъ этой статьи можно вывести прежде всего, что, когда вслѣдствіе извѣстныхъ моментовъ обязательство лишается обыкновенной своей защиты, т. е. личнаго иска, установленное для него вещное обезпеченіе можетъ оставаться въ силѣ: l. 14 § 1 D. de pign. ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare consistit[2]). Эти слова могутъ быть отнесены между прочимъ къ случаю, гдѣ вслѣдствіе capitis deminutio личные иски противъ должника временно прекращаются, но нѣтъ при этомъ основанія освобождать вещи, находящіяся въ рукахъ кредиторовъ отъ обременяющихъ ихъ залоговъ[3]). Изъ l. 5 pr. D. de pign. далѣе не вытекаетъ, чтобы во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ личный искъ не можетъ возникнуть, всегда допускалось вещное обезпеченіе для естественнаго обяза-

1) Ср. l. 101 § 1 D. de solut. 46. 3.

2) Сюда же должна быть отнесена знаменитая l. 2 C. de luit. pign. 8. 30: intellegere debes vincula pignoris durare personali actione submota. которую уже Donellus, въ виду широкаго толкованія этого мѣста, предлагалъ читать „non durare“. Краткость этого фрагмента не позволяетъ намъ установить связь этого изреченія съ остальнымъ содержаніемъ конституціи. Нѣтъ во всякомъ случаѣ основанія выводить изъ нея, — см. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, стр. 48 и Schott, l. c. стр. 44 — что во всѣхъ случаяхъ, гдѣ личный искъ уничтожается безъ удовлетворенія кредитора, залогъ продолжаетъ существовать. Такое обобщеніе идетъ въ разрѣзъ съ вышеприведенными мѣстами, тогда какъ отнесеніе этого изреченія къ одному изъ случаевъ удержанія obligatio naturalis не встрѣчаетъ такихъ препятствій. Ср. Dernburg, Pfandrecht II, стр. 575.

3) См. мѣста, приведенныя у van der Pfordten, De obligationis civilis in naturalem transitu, стр. 42 сл.

тельства. Мы видимъ напр., что, на основаніи senatus consultum Macedonianum, obligatio naturalis домочадца не можетъ быть снабжена защитой въ формѣ вещнаго иска, если залоговое право не было установлено третьимъ лицомъ, дѣйствующимъ cum animo donandi [1]).

Интересно въ этомъ отношеніи положеніе занимаемое рабомъ, для котораго по всему вѣроятію впервые и было выставлено понятіе объ obligatio naturalis. Римляне не допускали возникновенія личнаго иска противъ человѣка, который принципіально не могъ считаться правовымъ субъектомъ. Но такъ какъ послѣдній могъ распоряжаться предметами, входящими въ составъ его peculium'a, то не было основанія не признавать законности вещныхъ обремененій [2]), вызванныхъ потребностями кредита раба. При этомъ нѣтъ надобности выставлять [3]) по образцу естественнаго обязательства понятіе о залоговомъ правѣ безъ иска. Уже одна аналогія съ поручительствомъ [4]) не позволяетъ намъ ограничивать правомочія заимодавца раба простымъ правомъ удержанія безъ возможности отыскивать заложенную вещь изъ третьихъ рукъ. Такое ограниченіе свело бы къ нулю

---

1) L. 2 D. quae res pign. Ср. также l. 9 § 3 D. de Sen. Mac. — Сюда не относится l. 9 pr. D. de Sen. Mac., гдѣ создается обязательство при заключеніи залоговой сдѣлки.

2) L. 13 D. de cond. ind. Naturaliter etiam servus obligatur . . . . et pignus pro eo datum tenebitur et, si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pigneratitia reddenda est. Dernburg. I, стр. 539, прим. 7 предполагаетъ, что здѣсь рядомъ съ вещнымъ обезпеченіемъ будетъ всегда личный искъ въ видѣ actio de peculio. Но можно себѣ представить случаи, гдѣ actio de peculio не будетъ имѣть мѣсто и гдѣ тѣмъ не менѣе придется допустить залогъ, основанный исключительно на obligatio naturalis раба.

3) Какъ это дѣлаетъ напр. Weber, Entwickelung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, стр. 419.

4) L. 21 § 2 D. de fideiuss. 46. 1.

гарантіи реальнаго кредита; оно и не нужно для объясненія этихъ особенностей въ области залоговаго права, которыя вызваны чисто практическими соображеніями безъ внутренней руководящей мысли [1]).

Если въ указанныхъ случаяхъ залоговому праву не соотвѣтствуетъ личное требованіе, то это не потому, что Римляне стараются выставить новое понятіе о залогѣ, какъ о правѣ независимомъ отъ личной отвѣтственности. Случайная обособленность залоговаго права объясняется тѣмъ, что требованіе или прекратилось до удовлетворенія, или вовсе не могло возникнуть въ формѣ личнаго иска, а тѣмъ не менѣе испытывается потребность въ сохраненіи опредѣленнаго имущественнаго интереса. Не слѣдуетъ такимъ образомъ придавать слишкомъ общее значеніе изреченіямъ римскихъ юристоръ по поводу приведенныхъ особенностей.

Печальнымъ примѣромъ такого широкаго толкованія являются тѣ многочисленныя объясненія, которыя вызвала среди романистовъ l. 61 (59) pr. D. ad S. C. Trebellianum 36.1 [2]). Павелъ приводитъ тамъ случай, относящійся къ ученію объ универсальномъ фидеикоммиссѣ, гдѣ римскимъ юристамъ, какъ извѣстно, пришлось обходить, хотя и косвеннымъ образомъ, принципъ: semel heres, semper heres. Въ случаѣ, приведенномъ въ l. 61, наслѣдникомъ былъ назна-

---

1) Ср. Petzall. Die Abweichungen von der accessorischen Natur des Pfandrechts (Berlin 1895), стр. 72.

2) Въ особенности слова: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione .... et hic Serviana actio tenebit; verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem, igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.

ченъ кредиторъ, имѣющій противъ завѣщателя требованіе, обезпеченное залогомъ; назначеніе послѣдовало съ объязанностью выдать hereditas третьему лицу. Принятіе наслѣдства со стороны залогодержателя прекращаетъ его правоотношенія къ наслѣдодателю и выдача унаслѣдованнаго имущества фидеикоммиссарію сама по себѣ не можетъ ихъ возстановить. Павелъ тѣмъ не менѣе рѣшаетъ, что заголовое право кредитора наслѣдника остается въ силѣ, и къ этому прибавляетъ: remanet propter pignus obligatio naturalis.

Послѣднія слова вызвали въ современной литературѣ цѣлый рядъ предположеній. Bremer[1]) готовъ усмотрѣть въ этомъ доказательство того, что Римляне уже знали то, что онъ въ современномъ правѣ называетъ Werthrecht. Puntschart[2]) же примѣняетъ эти слова къ своему загадочному понятію о Rechtsverbände, которые по его мнѣнію не всегда нуждаются въ исковой защитѣ. Другіе изслѣдователи основываютъ на изреченіи Павла утвержденіе, будто бы у Римлянъ залоговое право могло играть роль главнаго, а требованіе, наоборотъ, роль придаточнаго права[3]). Третья группа[4]), наконецъ, придаетъ здѣсь спасательную функцію залоговому праву, безъ котораго обязательство не могло бы существовать. Но на самомъ дѣлѣ можно ограничиться болѣе простымъ объясненіемъ, если не упускать изъ виду тѣхъ особенныхъ условій,

1) Hypothek u. Grundschuld, стр. 67 сл.

2) Die moderne Theorie des Privatrechts, стр. 238. 277.

3) Sohm. Ueber die Natur der modernen Hypothek въ Grünhuts Zeitschrift, V, стр. 4 прим 6.

4) См. Schwanert. Die Naturalobligationen, стр. 406. Ср. также Brinz. Pand. I (1-е изд.), Отд. I, стр. 293.

которыми вызвано рѣшеніе юриста. Принятіе наслѣдства лишило кредитора тѣхъ исковъ, которые онъ имѣлъ въ защиту своего имущественнаго интереса. Эта потеря несправедлива потому, что она не связана съ удержаніемъ наслѣдства для наслѣдника. Послѣдній же въ излагаемомъ случаѣ нуждается въ возстановленіи залоговаго права, чтобы оставить за собой заложенную ему вещь, принадлежащую къ наслѣдству и для которой онъ не находитъ покупателя. Вслѣдствіе этой необходимости Павелъ допускаетъ возстановленіе, несмотря на то, что оно противорѣчитъ основнымъ началамъ права. Но именно въ виду этого послѣдняго момента юристъ не рѣшается возстановить личный искъ, тѣмъ болѣе, что для кредитора онъ въ данномъ случаѣ не былъ важенъ. И юристъ, вспомнивъ при этомъ, что такіе случаи вещнаго обезпеченія безъ личнаго иска изъ обязательства встрѣчаются при существованіи obligatio naturalis, примѣняетъ это послѣднее понятіе къ правоотношенію, созданному его отвѣтомъ. Здѣсь лишній разъ только подтверждается привязанность римскихъ юристовъ къ придаточной роли залоговаго права [1]).

Болѣе существеннымъ моментомъ въ этой области является положеніе, созданное постановленіями объ исковой давности въ періодъ Имперіи. Нѣтъ основанія думать, что погашаемыя давностью actiones temporales могли оставлять за собой продолжительный слѣдъ въ формѣ залоговаго права, которое переживало бы такимъ образомъ обезпеченное

---

1) Въ связи съ этимъ случаемъ слѣдуетъ привести еще l. 13 § 1 D. ad S. Vell., гдѣ личный искъ могъ быть возстановленъ, но гдѣ кредитору нужно было только залоговое право.

требованіе. Вѣроятнѣе всего, что въ такихъ случаяхъ вещный искъ, какъ и личный, подвергался разрушительному дѣйствію давности [1]). Наоборотъ, введеніемъ общей исковой давности въ конституціи 424 г. Ѳеодосій[2]) вызвалъ разладъ между существованіемъ личнаго иска и участью вещнаго обезпеченія. Распространивъ 30-лѣтній срокъ на всѣ личные иски, онъ въ этомъ законѣ потомъ спеціально останавливается [3]) на залогѣ и постановляетъ, что искъ противъ третьяго владѣльца заложенной вещи также подлежитъ погашенію въ случаѣ невчинанія иска въ теченіе 30 лѣтъ. Это послѣднее мѣропріятіе объясняется желаніемъ законодателя пріити на помощь лицамъ, пріобрѣвшимъ по незнанію вещи, обремененныя залогомъ, и оно соотвѣтствуетъ стараніямъ императоровъ устранить по мѣрѣ возможности вредныя послѣдствія римской ипотечной системы. Изъ этого постановленія выводится кромѣ того a contrario [4]), что залоговое право въ своемъ осуществленіи противъ личнаго должника не подлежало дѣйствію погасительной давности. И современные романисты по этому поводу считаютъ нужнымъ примѣнить къ данному случаю понятіе объ obligatio naturalis, упуская изъ виду, что императоръ V столѣтія врядъ ли руководствовался такой конструкціей, для которой другой опоры [5]) нѣтъ, кромѣ argumentum a contrario изъ не совсѣмъ яснаго

1) См. Demelius. Geschichte der Klagenverjährung въ его Untersuchungen, стр. 65 сл.

2) L. 3 C. 7. 39.

3) Eodem etiam in ejus valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare. — Ср. Unterholzner. Die Verjährungslehre (2-е изд.). стр. 56 сл.

4) Savigny System V § 238 прим. d.

5) Ср. Dernburg, Pfandrecht II, 588.

текста вышеназванной конституціи 424 г. Эта неясность въ области примѣненія исковой давности вызвала черезъ 70 лѣтъ конституцію Анастасія 491 г.[1]), установившую для всѣхъ случаевъ, къ которымъ не примѣнимъ законъ Ѳеодосія, 40-лѣтнюю давность. Но какъ видно это постановленіе не устранило еще сомнѣній относительно мѣста, занимаемаго залоговымъ искомъ въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ направлялся противъ самаго должника.

Послѣдовалъ еще законъ Императора Юстина въ 525 г.[2]) — повторенный Юстиніаномъ въ 530 г.[3]) — и окончательно рѣшилось, что залоговой искъ прекращается 40-лѣтней давностью, когда заложенной вещью владѣетъ должникъ. Такимъ образомъ установились для всѣхъ притязаній, обезпеченныхъ реальнымъ кредитомъ, десятилѣтній промежутокъ времени, въ теченіе котораго кредиторъ, лишенный личнаго иска, былъ въ состояніи достигнуть своей цѣли только путемъ вещнаго права. Въ этомъ раздвоеніи врядъ ли можно усматривать доказательство самостоятельности залоговаго права у Римлянъ. Оно является случайнымъ результатомъ законодательныхъ разъясненій, а не сознательнымъ примѣненіемъ юридической мысли.

Но тѣмъ не менѣе здѣсъ могъ бы лежать зародышъ новаго принципа, а именно общее допущеніе вещнаго обезпеченія поглощающаго въ себѣ требованіе въ томъ смыслѣ, что заложенное имущество являлось бы единственнымъ предметомъ удовлетворенія для кредитора[4]). Если однако

---

1) L. 4 § 1 C. 7. 39.
2) L. 7 pr. C. 7. 30.
3) L. 1 pr. C. 7. 30.
4) Ср. Bähr въ Jahrbücher f. Dogmatik XI. стр. 97 прим. 54a.

вспомнить, къ какому времени относится разсматриваемое явленіе, то будетъ понятно, почему этотъ зародышъ такъ и заглохъ въ исторіи римскаго права. Вторая половина императорскаго періода, которая и безъ того уже была мало благопріятна для возникновенія новыхъ юридическихъ построеній, можетъ считаться одной изъ самыхъ печальныхъ эпохъ въ исторіи реальнаго кредита. Императоры всячески старались уменьшать опасности, возникающія изъ множественности законныхъ ипотекъ и изъ негласности залоговыхъ сдѣлокъ. Къ этимъ стараніямъ относится введенное[1]) при Юстиніанѣ въ 535 г. въ интересѣ третьяго лица, владѣющаго заложенной вещью, beneficium excussionis personalis. Владѣлецъ можетъ устранить отъ себя вещный искъ залогодержателя, пока не будетъ предъявленъ личный искъ должнику и пока не будетъ доказано, что кредиторъ этимъ путемъ не достигъ удовлетворенія[2]). Этимъ и завершается развитіе римскаго залоговаго права. Его придаточность получаетъ здѣсь свою окончательную санкцію въ формѣ субсидіарности. Въ случаѣ, нормированномъ Новеллой 4. с. 2, вещное право не только служитъ какъ всегда личному праву, но кромѣ того стоитъ еще въ этомъ служеніи на второмъ планѣ; оно осуществляется только тогда, когда предъявленіе личнаго требованія не ведетъ къ общей обоимъ правамъ цѣли.

Можно сказать, что въ этомъ отношеніи римское залоговое право до конца сохранило свою отличительную

---

1) Впрочемъ не безъ предварительнаго сопротивленія со стороны законодательной власти. Ср. l. 14 C. 8. 14; l. 24 C. eod. tit; l. 14 C. 4. 10. Ср. Dernburg, Pfandrecht II, стр. 378.

2) Nov. 4. c. 2.

черту. Ему чуждо представленіе о залогѣ, какъ о правѣ на дѣйствіе должника. Послѣдняя функція принадлежитъ личному требованію, съ которымъ связано вещное право, какъ отдѣльное право на опредѣленную стоимость, добываемую изъ заложенной вещи. И эта разнородность этихъ двухъ правомочій особенно конкретно обнаруживается, когда должникъ и владѣлецъ заложенной вещи — два разныхъ лица [1]).

Дальнѣйшее изложеніе покажетъ, что западно-европейское право стоитъ на противоположной точкѣ зрѣнія. Тамъ встрѣчается самостоятельность залоговаго права не только въ видѣ поглощенія требованія вещнымъ обезпеченіемъ, но и въ видѣ отрѣшенія послѣдняго отъ его связи съ обязательствомъ.

---

1) L. 12 § 1 D. 20. 6. Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscunque possessor offere vellet. Разница въ положеніи, занимаемомъ залогодателемъ и третьимъ владѣльцемъ, также иллюстрируется l. 21 § 3 D. 20. 1.

ГЛАВА I.

Отвѣтственность залогодателя въ древне-германскомъ правѣ.

Работы Albrecht'a и Meibom'a. — Два рода Satzung. — Особенности залога съ передачей владѣнія. — Характеристика обязательства залогодателя. — Правомочія кредитора. — Закладныя сдѣлки Евреевъ и ссудныя кассы. — Залогъ безъ передачи вещи. — Договоръ о рентѣ и бодмерея. — Залоговое право сосѣднихъ территорій. — Заключеніе.

При изученіи, даже поверхностномъ, древне-германскаго залоговаго права всякому приходится считаться съ работой Albrecht'a, который въ своей извѣстной книгѣ — die Gewere[1]) — положилъ прочное основаніе для дальнѣйшихъ работъ въ этой области. Благодаря Albrecht'y окончательно доказано, что реальное обезпеченіе въ видѣ передачи владѣнія опредѣленной вещью не отождествляется въ германскихъ территоріяхъ съ уступкой права собственности въ пользу кредитора[2]), и, что послѣдній при установленіи

1) Die Gewere, als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts, dargestellt. Königsberg. 1828.

2) Это мнѣніе можно считать господствующимъ до начала нынѣшняго столѣтія. (См. однако Ricius, de dominio pignoris germanici, 1746). Послѣдняя попытка въ этомъ направленіи принадлежитъ Madai въ Zeitschrift für deutsches Recht I, стр. 290 сл.

залога получалъ въ такихъ случаяхъ только право на чужую вещь, связанное однако съ обладаніемъ и пользованіемъ. Эту форму залога Albrecht назвалъ „ältere“ [1]) Satzung [2]), а подъ „neuere“ Satzung онъ разумѣетъ залоговое право съ предоставленіемъ обладанія и пользованія залогодателю. Въ его глазахъ эти двѣ формы Satzung составляютъ въ сущности одинъ и тотъ же институтъ, распадающійся только на два вида, соотвѣтствующихъ раннему и болѣе позднему періоду[3]).

Наравнѣ съ книгой Albrecht'a слѣдуетъ отвести подобающее ему мѣсту труду Meibom'a — das deutsche Pfandrecht[4]). Авторъ въ немъ подробнѣе опредѣлилъ характеръ правоваго института, названнаго Albrecht'омъ ältere Satzung, и установилъ особенности этого вида реальнаго кредита. Въ этомъ заключается заслуга Meibom'a и добытые имъ результаты сохранятъ значеніе. Но при этомъ онъ впалъ въ крайности. Желая подчеркнуть отличительныя черты старѣйшаго типа вещнаго обезпеченія, связаннаго съ передачей вещи, онъ рѣшился выдѣлить его изъ круга институтовъ залоговаго права. Въ этомъ явленіи онъ усматриваетъ мѣновую сдѣлку и старается противопоставить его т. н. jüngerer Satzung, гдѣ должникъ, по его мнѣнію, только указываетъ кредитору на предметы, призванные служить впослѣдствіи его удовлетворенію. И въ своемъ стремленіи провести во всѣхъ отношеніяхъ безусловное различіе между этими двумя формами германской Satzung онъ дол-

---

1) См. §§ 15 и 17 въ указанномъ сочиненіи.

2) Satzung отъ setzen; равносильнымъ выраженіемъ являются въ актахъ Pand или Pfand и Weddeschatt.

3) См. также Maurenbrecher. Lehrbuch des heut. gem. Deutschen Rechts. (2 изд.) I стр. 649 сл.

4) Marburg. 1867.

женъ былъ прибѣгнуть къ натяжкамъ [1]), что не спасло его тѣмъ не менѣе отъ противорѣчій [2]).

Въ теченіе всѣхъ среднихъ вѣковъ [3]) мы встрѣчаемъ своеобразный видъ вещнаго обезпеченія посредствомъ отдачи недвижимости въ руки лица, ссудившаго собственника извѣстной денежной суммой. Это залоговое право, которое Albrecht называетъ древнѣйшимъ типомъ реальнаго обезпеченія, врядъ ли можетъ претендовать, какъ это теперь доказано, на исключительное господство даже въ самый ранній періодъ среднихъ вѣковъ [4]). Несомнѣнно только то, что первоначально эта сдѣлка вызывалась потребностями кредита: обладатель недвижимости, нуждаясь въ деньгахъ отдавалъ ее другому лицу взамѣнъ извѣстной суммы, а послѣдній пріобрѣталъ такимъ образомъ владѣніе и одновременно получалъ право пользоваться плодами до возвращенія денегъ со стороны должника. Когда экономическая выгода, представляемая плодами и получаемая кредиторомъ, засчитывалась въ стоимость капитала, источники называютъ сдѣлку Todtsatzung, такъ какъ путемъ постепеннаго погашенія занятой суммы право кредитора близится къ концу [5]); наобо-

---

1) Это высказывается между прочимъ по отношенію къ движимости, для которыхъ въ средніе вѣка преобладаетъ залогъ, связанный съ передачей владѣнія; Meibom тѣмъ не менѣе проводитъ и здѣсь два типа Satzung: Satzung als Tauschgeschäft и Satzung um Schuld, несмотря на то, что нѣтъ въ данномъ случаѣ внѣшняго признака для построенія этой разницы. Ср. das deutsche Pfandrecht, стр. 322 и 410.

2) Pfandrecht стр. 283 и стр. 291.

3) См. напр. Formulae Andecavenses (между прочимъ № 22) въ Monumenta germ. hist. Legum Sectio V. Formulae изд. Zeumer.

4) См. объ этомъ ниже.

5) Примѣръ такой сдѣлки у Kraut, Grundriss zu Vorlesungen üb. d. deutsche Privatrecht (1886), § 102 № 137 (an. 1333): das er mir gesetzit umb 300 mark mit sogetaner bescheidenheit, dass ich das vorgenannte gut inne sulle

ротъ залогъ считается „unabniessendes Pfand“, когда плоды собираемые съ заложенной вещи засчитываются только въ проценты занятой суммы [1]), такъ что право кредитора вслѣдствіе его пользовладѣнія прекратиться не можетъ. Но въ одномъ, какъ и въ другомъ случаѣ гарантіей для кредитора является обладаніе вещью въ связи съ правомъ собирать доходы съ оной. Въ этомъ состоитъ эквивалентъ, получаемый залогодержателемъ за отданнныя должнику деньги; въ этомъ заключается сущность его реальнаго обезпеченія. Предполагается, что заложенная вещь по крайней мѣрѣ равняется суммѣ долга; такъ что положеніе, созданное отдачей вещи въ залогъ, не представляетъ опасности для залогодержателя, который въ большинствѣ случаевъ не заинтересованъ въ его прекращеніи. Если и предвидится возможность положить ему конецъ, то для этого требуется иниціатива со стороны должника, который уплатой денегъ уничтожаетъ право на вещь [2]). Для послѣдняго гарантіей не является здѣсь, какъ при римскомъ залогѣ связанномъ съ jus distrahendi, возможность расчитывать на удовлетвореніе изъ суммы, вырученной путемъ продажи

---

haben, als lange bis ich die 300 mk. darabe genomen von dem nutz. Ср. еще Monumenta Boica Monach. 1763 ff. XXXVII № 461.

1) Ср. Zeitschrift f. d. Geschichte des Oberrheins VI. 359. — Въ терминологіи древне-французскаго права установились противоположныя наименованія, которыя находятъ свое объясненіе въ точкѣ зрѣнія должника. Mortgage обозначаетъ правоотношеніе, гдѣ заложенная вещь изъята изъ распоряженія собственника, пока послѣдній не выкупитъ ее путемъ уплаты полной суммы; vifgage, наоборотъ, соотвѣтствуетъ Todtsatzung и имѣетъ въ виду правоотношеніе, при которомъ заложенная вещь сама по себѣ, благодаря ея плодотворности, способствуетъ возвращенію ея въ руки должника. Объ этомъ см. ниже Гл. IV.

2) При Todtsatzung истеченіе опредѣленнаго числа лѣтъ замѣняетъ уплату долга со стороны должника.

заложенной вещи. Этотъ образъ дѣйствія со стороны залогодержателя чаще всего не имѣлся въ виду при заключеніи обезпечительной сдѣлки въ древне-германскомъ правѣ, когда вещь переходитъ въ руки кредитора. Изъ большинства дошедшихъ до насъ актовъ видно, что jus distrahendi не входило eo ipso въ кругъ правомочій, учреждаемыхъ въ пользу залогодержателя, который ограничивается владѣніемъ и пользованіемъ до уплаты долга [1]). Для погашенія послѣдняго можетъ быть установленъ срокъ, по наступленіи котораго право должника на обратное полученіе вещи прекращается. Съ этого момента залоговое пользованіе кредитора превращается въ право окончательнаго оставленія у себя вещи: Nutzungspfand переходитъ въ Verfallpfand, но возможно также отсутствіе подобнаго ограничительнаго срока и тогда право, предоставленное кредитору, является чистымъ типомъ залоговаго пользованія [2]), съ оставленіемъ in infinitum права собственности въ рукахъ должника, который можетъ требовать возвращенія вещи, даже въ случаѣ передачи ея кредиторомъ третьему лицу [3]).

Понятно между тѣмъ, что при одной, какъ и другой формѣ залога, при чистомъ Nutzungspfand, какъ и при Nutzungspfand, влекущемъ за собой возможность окончатель-

1) Ср. акты, приведенные у Meibom. Das deutsche Pfandrecht, стр. 270 сл.; у Kraut. Grundriss zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht (6-е изд.) § 102; Puntschart. Schuldvertrag und Treugelöhniss § 14.

2) См. виды такой сдѣлки у Kohler, Pfandrechtliche Forschungen § 7. Первые слѣды этого института уже въ лангобардскомъ правѣ. Ср. Ed. Roth. 174 и Luit. pr. 58 (Walter Corpus jur. germ. I). См. также сдѣлку IX вѣка у Loersch u. Schröder. Urkunden zur Gesch. des deutschen Rechts (1881) № 63.

3) См. объ этомъ ниже. Продажа однако можетъ быть воспрещена. Ср. Tomaschek. Der Oberhof Iglau № 59 (рѣшеніе XIV вѣка).

наго оставленія вещи, обезпечительный моментъ отступалъ иногда на второй планъ, и сдѣлка тогда вызывалась не желаніемъ имѣть въ рукахъ обезпеченіе будущаго платежа, а стремленіемъ получить за извѣстную сумму экономическія выгоды, связанныя съ обладаніемъ, причемъ отчуждатель сохранялъ возможность возвратить впослѣдствіи въ свое имущество вещь, отъ которой онъ только временно отказывался, или по крайней мѣрѣ онъ могъ утѣшаться этой мыслью. Сдѣлка объ уступкѣ залоговаго пользованія въ этой новой функціи — явленіе весьма распространенное въ средневѣковыхъ германскихъ территоріяхъ [1]). Съ такой цѣлью закладываются не только сельскія плодоприносящія недвижимости, но и городскіе участки [2]). Иногда даже цѣлые города отдаются въ залогъ ихъ суверенами съ явной цѣлью окончательнаго отчужденія [3]). Для насъ особенно интересно отмѣтить, что этотъ Pfandbesitz, носившій первоначально въ остзейскомъ краѣ, какъ и вездѣ, характеръ кредитной сдѣлки [4]) для обезпеченія заемнаго обязатель-

---

1) См. напр. Pauli. Abhandlungen aus dem lüb. Rechte. IV, стр. 136 сл.

2) Ср. Bunge. Die Stadt Riga im XIV. Jahrhundert, стр. 264 прим. 135.

3) Ср. Werninghoff. Die Verpfändung der mittel- und niederrhein. Reichsstädte im XIII. u. XIV. Jahrh. въ Gierkes Untersuchungen № 45 стр. 45 сл.

4) О древнѣйшихъ слѣдахъ въ области городскаго права см. Inscriptionen aus dem ältesten Pfandbuch des Revalschen Raths въ Urkundenbuch f. Liv-, Est- u. Curland III, № 935. 6. 1312: notandum quod Johannes et Kopike de Tammekes praesentaverunt Johanni Schroederi V et dim. marcam arg . . . quas persolvet in festo Pascae anno futuro . . . hereditas sua stabit eis secundum pignus cistae (Kistenpfand = залогъ съ передачей владѣнія). То же самое ibidem 10. (1313). Verfallpfand тамъ же № 980 (1351) I: si etiam dicta hereditas eodem termino redemta non fuerit, ex tunc ipsa manebit eodem Iwero. Залогодержатель получаетъ право распоряжаться заложенной ему вещью: (Urkundenbuch III № 841a. Anno 1346) „pro trecentis marcis argenti Rigensis ratione pignoris obligavimus, dantes eisdem . . . plenam potestatem ordinandi et disponendi . . . de ipsis jam dictis bonis.“ —

ства[1]), впослѣдствіи послужилъ внѣшней оболочкой для negotia in fraudem legis. Pfandbesitz, устанавляемый на продолжительные сроки, давалъ лицамъ, неимѣвшимъ поземельной правоспособности, возможность пріобрѣтать косвеннымъ образомъ правомочія собственника[2]); а по введеніи крѣпостныхъ пошлинъ въ этотъ край нашимъ правительствомъ[3]) установленіе такого обширнаго jus in re aliena явилось удобнымъ путемъ для избѣжанія расходовъ, связанныхъ съ совершеніемъ купчей крѣпости. Эти фиктивныя залоговыя сдѣлки преслѣдовались нашимъ законодательствомъ[4]), которое, для окончательнаго искорененія, пыталось въ срединѣ нынѣшняго столѣтія[5]) воскресить кредитный характеръ Pfandbe-

---

Ср. еще залоговыя сдѣлки, напечатанныя въ Liv- u. Esthl. Brieflade I и между прочимъ № 39 (1336), гдѣ залогъ уже называется к у п л е й. Ср. N o l c k e n. De possessione pigneraticia ex iure Livonico, 1844. стр. 16.

1) Этотъ моментъ правильно оцѣненъ у B u n g e. Theoret. prakt. Erörterungen aus d. in Liv-, Est- u. Curland geltend. Rechten T. V, стр. 7 сл., тогда какъ M a d a i (Krit. Jahrbücher f. d. Rechtswissenschaft, V, стр. 840) и отчасти E r d m a n n (System des Privatrechts der Ostseeprovinzen II, стр. 210) расположены придавать этому Pfandbesitz съ самаго начала самостоятельное значеніе, которое онъ пріобрѣлъ лишь впослѣдствіи. Впрочемъ и въ XVII ст. мы встрѣчаемъ случаи, гдѣ Pfandbesitz устанавливался съ цѣлью обезпечить кредитныя операціи. См. Königliche Resolution an die Ritterschaft und Adel im Herzogthum Esthland v. 13. April 1698 у B u n g e. Quellen des Revaler Stadtrechts. II, стр. 365 сл.

2) См. B u n g e. Das liv- und esthländische Privatrecht (1847) § 152 и его же Das curländische Privatrecht. § 148.

3) Ук. 3 мая 1783 г. (15724).

4) См. узаконенія, приведенныя въ Geschichte des Liv-, Est- und Curländischen Privatrechts (1862) § 196. Тамъ же о примѣненіи въ остзейскомъ краѣ закона, изд. по поводу заставныхъ контрактовъ зап. края 1827 г. (1241).

5) Зак. 24 дек. 1841 г. (15151) ст. I. Заставное владѣніе пріобрѣтается по договору, въ силу котораго недвижимость, долженствующая обезпечивать данную въ заемъ сумму, передается во владѣніе заимодавца, соглашающагося принять такое обезпеченіе, съ правомъ пользоваться въ замѣнъ процентовъ съ данной имъ суммы доходами съ этого имѣнія, до выкупа онаго въ срокъ, опредѣленный договоромъ. — См. однако

sitz'a. Но въ остзейскомъ краѣ эта попытка осталась мертвой буквой и въ настоящее время заставное владѣніе тамъ уже не принадлежитъ къ числу институтовъ практической жизни.

На западѣ залоговое пользованіе было постепенно [1]) вытѣсненно т. н. новой Satzung, а главнымъ образомъ римской ипотекой. Тѣмъ не менѣе мы находимъ въ германскомъ законодательствѣ прошлаго вѣка слѣды этого института, именно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ вещь должника не подлежитъ отчужденію съ его стороны, и можетъ быть отдана кредитору лишь съ цѣлью предоставить ему собираніе плодовъ. Такой характеръ носитъ до извѣстной степени т. н. Revenuehypothek, установляемая на фидеикоммиссы въ прусскомъ земскомъ правѣ [2]). Но здѣсь, конечно, правомочіе кредитора ограничено не въ томъ только смыслѣ, что онъ не можетъ касаться самой substantia вещи, но и потому, что со смертью должника закладчика его право на плоды прекращается.

Болѣе сходной съ древней Satzung является сдѣлка, которую можно отмѣтить еще въ нынѣшнее столѣтіе въ нѣ-

---

прим. къ ст. 10, въ которомъ отражается воззрѣніе на Pfandbesitz, какъ на сдѣлку, имѣющую цѣлью отчужденіе недвижимости.

1) Слѣды Nutzpfand'a встрѣчаются еще въ Бременѣ въ XVI ст. См. Bremisches Jahrbuch I, стр. 200 сл. Ср. по этому поводу Exner, въ Krit. Vierteljahrschrift, XXIV, стр. 510. — Вліянію римскаго права нужно приписать изреченіе Вормскихъ стат. (изд. 1561) V 3, tit. IX § 9: „auch so der Schuldtherr oder Schuldner mit einander übertrugen, das der Schuldtherr das Pfand nicht versetzen oder verändern solt, mag nit destoweniger der Schuldtherr das Pfand versetzen, verkauffen oder verpfenden, doch das er solches dem Schuldner zu dreien male zuvorkünde. О значеніи этихъ статутовъ въ исторіи рецепціи см. Koehne, Die Wormser Stadtreformation. 1897, стр. 51 сл.

2) Ст. 228 и 230 I. 18. Allgem. Landrecht не отмѣнены § 45 прусскаго закона 5 мая 1872. Ср. Dernburg, Preussisches Hypothekenrecht. II, § 23.

которыхъ германскихъ территоріяхъ, на основаніи которой плодоприносящая недвижимость остается въ рукахъ кредитора до возвращенія занятой суммы [1]). Можетъ быть, суждено этому, почти исчезнувшему, институту [2]) возобновиться въ недалекомъ будущемъ. Современная Германія представляетъ несомнѣнные симптомы наступающей рецепціи древнегерманскихъ принциповъ и въ литературѣ уже раздавались голоса [3]) въ пользу залога съ передачей недвижимости кредитору, какъ единственной формы вещнаго обезпеченія, способной предохранять должниковъ отъ печальныхъ увлеченій доступностью реальнаго кредита.

Оставляя въ сторонѣ соображенія, связанныя съ вопросами de lege ferenda, мы должны вернуться къ средневѣковой Satzung и ближе разсмотрѣть ея юридическій характеръ. Ея отличительныя черты обрисовались въ дошедшихъ до насъ актахъ, количество которыхъ постоянно возрастаетъ, благодаря новымъ архивнымъ изданіямъ въ Германіи. Во всѣхъ актахъ, которые устанавливаютъ залогъ съ передачей владѣнія, мы находимъ выраженіе того факта, что лицо, занявшее извѣстную сумму у другаго контрагента, отдаетъ ему свою недвижимость съ тѣмъ, чтобы получить ее обратно по уплатѣ денегъ.

Такая сдѣлка по своему экономическому характеру

---

1) Ср. т. н. Wettschatzcontracten въ области Wursten, приведенные Wesenberg'омъ въ Magazin f. Hannoversches Recht (1859) стр. 253 сл. — Стремленіе кредиторовъ требовать передачи вещи было, какъ видно, вызвано рецепціей римскихъ привилегированныхъ и безмолвныхъ ипотекъ, нарушающихъ принципъ старшинства закладныхъ.

2) Въ концѣ прошлаго столѣтія одинъ Möser (Patriotische Phantasien ed. 1798. T. VI стр. 104 сл.) рѣшался защищать его.

3) См. Kohler. Pfandrechtliche Forschungen, стр. 257.

близко подходила къ отчужденію съ правомъ обратнаго выкупа въ пользу отчуждателя, тѣмъ болѣе, что отдача въ залогъ съ своей стороны считалась отчужденіемъ въ томъ смыслѣ, что здѣсь, какъ и при куплѣ-продажѣ, требовалось первоначально согласіе ближайшихъ родичей[1]). И несомнѣнно, что купчая съ оговореніемъ права выкупа для продавца неоднократно составлялась именно съ цѣлью обезпечить денежное требованіе, которое скрывалось[2]) подъ наименованіемъ покупной суммы. Но тѣмъ не менѣе можно среди сдѣлокъ, носящихъ характеръ обезпеченія, различить купли-продажи и залоговые договоры уже потому, что въ самыхъ актахъ нерѣдко[3]) сознается грань, существующая между соглашеніями одного и другого вида[4]).

---

1) См. напр. Magdeburger Fragen (изд. Behrend, Berlin 1865) I. 12. 8: Hiruff sprechen wir scheppen zcu Magdeburg recht: nymand mag syn anirstorben erbe vorkummern noch vorseczen ane syner orben wille. Также Goslar. Stat. (изд. Goschen, Berlin 1840) 26, 37 сл. Ср. еще Hamburg. Urkundenbuch (изд. Lappenberg) I, № 358 (an. 1207). Pauli Abhandlungen I, прим. 167 и 167a. И вообще Fipper, Das Beispruchsrecht nach altfränkischem Recht, въ Gierke's Untersuchungen III, стр. 57. — Ср. еще Lisch. Meckl. Urkunden II, 215 (an. 1443) и 177 (1416).

2) Подобные договоры неоднократно содерживали ростовщическія сдѣлки и въ качествѣ таковыхъ преслѣдовались законодательствомъ. Ср. Codex diplomaticus Silesiae IV, стр. 298 № 6 (1353) и нюрнбергское постановленіе XIV вѣка у Siebenkees, Beiträge zum teutschen Rechte (Nürnb. 1786). Auszüge aus d. alt. Nürnb. Gesetzb. Abth. IX, стр. 220 „kein burger . . . soll aygen erb, lehen, leibgeding noch dheiner ley ander sach auf dem lande und in der Stadt uf wiederkauf noch wiederlosung nit kauffen". Однако этотъ Kauf auf Wiederkauf съ цѣлью обезпечить кредитъ встрѣчается еще сравнительно поздно. Ср. Hallein, Mainzer Civilrecht im XIV. u. XV Jahrhund., стр. 24.

3) Мы имѣемъ однако случаи, гдѣ въ самомъ актѣ терминологія не выдержана. Ср. сдѣлку 1446 г., приведенную у Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte (3 изд.) стр. 853 п. 11 „der Schuldner setzt und verkauft . . . auf Wiederkauf das halbe Schloss zu Lengsfeld."

4) Ср. Monumenta Boica XXXVIII № 2 и XXXIII P. I, № 91. — Boehmer. Cod. dipl. Moenofrancof. I, 498 an. 1329.

Въ случаѣ купли-продажи должникъ лишается права собственности вмѣстѣ съ обладаніемъ [1]) и онъ удерживаетъ только возможность требовать возвращенія вещи по уплатѣ денегъ. При залогѣ же должникъ также лишается обладанія или Gewere, но онъ сохраняетъ право собственности на отданную кредитору вещь. Изъ дошедшихъ до насъ актовъ видно, что та и другая сдѣлка были одинаково распространены въ древне-германскомъ мірѣ, такъ какъ онѣ давали въ сущности кредитору одинаковое обезпеченіе и въ равномъ размѣрѣ лишали должника пользованія вещью. Въ литературѣ встрѣчаются попытки обосновать различіе этихъ двухъ институтовъ на отдѣльныхъ правомочіяхъ контрагентовъ въ одномъ и въ другомъ случаѣ. Указывалось [2]) между прочимъ на то, что при куплѣ-продажѣ, скрывающей заемъ, должникъ лишается непосредственнаго права на отдаваемую вещь и сохраняетъ противъ своего контрагента только требованіе о возвращеніи недвижимости тогда какъ при Satzung онъ сохраняетъ право, осуществимое противъ всякаго владѣльца заложенной вещи. Къ сожалѣнію, мы въ источникахъ находимъ слѣды полной гаран-

---

1) Интересный видъ подобнаго отчужденія съ обезпечительной цѣлью въ лонгобардскомъ правѣ описываетъ Brunner, Zur Rechtsgeschichte der röm. u. germ. Urkunde, стр. 193 сл. Пріобрѣтатель вещи получаетъ carta venditionis, но одновременно выдаетъ прежнему собственнику contracarta, въ которой обязывается возвратить вещь, когда будутъ ему уплачены деньги. Ср. еще Brunner въ Zeitschrift für Handelsrecht XXII, стр. 546 и Val de Lièvre, Launegild und Wadia. стр. 31 сл.

2) Такъ аргументируетъ Albrecht, die Gewere, стр. 145, ссылаясь главнымъ образомъ на Sächsisches Lehnrrcht, 55, § 4; между тѣмъ Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach d. sächsischen Rechtsquellen, стр. 269, доказалъ непримѣнимость этого мѣста къ данному вопросу. — Неубѣдительна также ссылка на Сакс. Зерцало I, 9. 6, на которомъ строитъ свою аргументацію Budde въ Zeitschrift f. d. Recht IX стр. 436,

тіи для должника при Kauf auf Wiederkauf въ формѣ иска съ абсолютной силой [1]), и видно такимъ образомъ, что здѣсь, для разграниченія институтовъ, опасно оперировать [2]) съ романистическими понятіями о вещныхъ и личныхъ искахъ. Нельзя также усматривать безошибочное мѣрило въ объемѣ правомочій, отведеннымъ залогодержателю при передачѣ вещи. Heusler [3]) старается доказать, что при залогѣ заимодавецъ не имѣетъ права отчуждать заложенную вещь безъ разрѣшенія должника, тогда какъ при Kauf auf Wiederkauf это право само собой разумѣется. Но на самомъ дѣлѣ трудно провести это ограниченіе правъ залогодержателя въ противоположность отчуждаемости участковъ, полученныхъ кредиторомъ на основаніи купли-продажи. Мы видимъ, что требуется въ нѣкоторыхъ случаяхъ согласіе залогодателя для передачи залога въ руки третьяго лица [4]); но этому моменту нельзя придавать рѣшающее значеніе, уже потому, что подобное содѣйствіе должника требуется также при отчужденіи вещи, переходящей къ кредитору въ силу купли-продажи [5]). Внѣшнимъ признакомъ этого по-

---

1) См. Urkundensammlung der Schleswig-Holst. Gesellschaft (Michelsen) III № 39 (an. 1400): jedoch so heft der käufer gegunth . . . dat wy . . . mogen dat guet wedderkopen van dem käufer edder we des gudes denne einhebbere unde besittere ist". Ср. также Hennenbergisches Urkundenbuch III, № 68 (an. 1362): wer daz der käufer dy gut ymande gebe oder beschide, her wer phaffe oder leyge, by lebendem libe oder noch syme tode, dem selbin der dysin Brief von seinetwegen inne hatte dem sullen dy gut mit allem rechte volgen, und sullen wir auch den wyderkuf zu im tun.

2) Какъ это дѣлаетъ Platner въ Zeitschrift f. Rechtsgeschichte IV, стр. 154 сл.

3) Institutionen d. deutschen Privatrechts II, стр. 140.

4) См. напр. сдѣлку 1333 г. у Brehmer, Cod. dipl. Moenofrancof. I 526: „Were auch das der vorg. J. sin husfrawen und ir erben noit anstiese das sie das Gut adir sin eyn teil furbaz virsetzen musten; des suleint sie vollen gewalt haben, die sie itzunt an den guten habent".

5) Въ Schlesw. Holst. Urk. Sammlung II, № 265 стр. 341 (an. 1383)

слѣдняго договора является въ древне-германскомъ правѣ формальный актъ, извѣстный подъ именемъ Auflassung, т. е. торжественное предоставленіе недвижимости другому лицу со стороны собственника; и на самомъ дѣлѣ въ нѣкоторыхъ территоріяхъ [1]) съ внѣшней стороны разница между отдачей въ залогъ и Kauf auf Wiederkauf сводится къ отсутствію при Auflassung первой изъ этихъ двухъ сдѣлокъ. Но эта примѣта не имѣетъ общаго значенія для всѣхъ территорій; можно въ сборникахъ актовъ [2]) найти случаи, гдѣ даже при куплѣ-продажѣ съ правомъ выкупа не требовалось торжественной передачи въ видѣ Auflassung недвижимости. Такимъ образомъ мы должны прійти къ заключенію, что передача права собственности съ правомъ выкупа и отдача въ залогъ могутъ быть устанавливаемы на одинаковыхъ началахъ, и могутъ порождать для кредитора одинаковыя послѣдствія. Но тѣмъ не менѣе остается между ними та разница [3]), что въ одномъ случаѣ должникъ сохраняетъ право собственности, тогда какъ при куплѣ-продажѣ заемщикъ отъ него отказывается. И изъ того факта, что стороны прибѣгаютъ къ одной или другой сдѣлкѣ, вытекаетъ сознаніе [4]) этой разницы съ ихъ стороны. Но кромѣ того

дальнѣйшая продажа со стороны покупателя разрѣшается отчуждателемъ, но при этомъ оговаривается „dass wy unde unse erven edder nakomelinge in dem wedderkope vorwaret werden und vorwaret bleiben".

1) См. Pauli, Abhandlungen IV, стр. 130 сл.

2) Ср. напр. Monumenta Boica X, № 101 (an. 1385).

3) Ср. Meibom. Das deutsche Pfandrecht, стр. 359; Brunner. Zur Rechtsgeschichte der röm. u. germ. Urkunde, стр. 193 сл.

4) Терминологія актовъ не всегда отличается ясностью; т. н. въ Urkundenbuch der Stadt Halberstadt I, № 17, отдается вещь въ залогъ, а тѣмъ не менѣе пишется: proprietatem bonorum Gozwino ad quinquennium obligarunt, decursis his annis si pecuniam solvere voluerint ad ipsorum utilitatem proprietas servatur. Въ другихъ памятникахъ, наобо-

при залогѣ праву кредитора на вещь соотвѣтствуетъ упоминаніе о занятой суммѣ, какъ о долгѣ, — чего нѣтъ при куплѣ продажѣ. На залогодателѣ лежитъ обязательство, возникшее изъ сдѣлки, нуждавшейся въ обезпеченіи, тогда какъ при Kauf auf Wiederkauf это обязательство по крайней мѣрѣ формально уничтожено и не проявляется въ волеизъявленіяхъ сторонъ [1]). И здѣсь мы касаемся основной мысли книги Meibom'a и ея крайнихъ послѣдствій. Его поразило содержаніе залоговыхъ сдѣлокъ, въ которыхъ упоминается большей частью только о занятыхъ деньгахъ и о правѣ заемщика получить вещь обратно по уплатѣ указанной въ актѣ суммы. А изъ этого онъ вывелъ, что здѣсь нѣтъ долга, а что здѣсь происходитъ только обмѣнъ цѣнностей: вещь отдается за деньги помимо всякаго обязательства, нуждающагося въ обезпеченіи съ тѣмъ только, чтобы ссудодатель до уплаты денегъ пользовался доходами вещью; обогащеніе, получаемое этимъ путемъ, исчерпываетъ его правомочія, въ которыя не входитъ jus distrahendi [2]). Такую мѣновую сдѣлку Meibom называетъ Tauschgeschäft, примѣняя это понятіе къ Satzung съ передачей владѣнія во второй половинѣ среднихъ вѣковъ [3]). Этому типу залога онъ противопоставляетъ т. н. neuere Satzung, которую онъ называетъ Satzung um Schuld и изъ которой онъ старается

ротъ, ясно сознается разница: „bona . . . . impignorata vel sub spe redemtionis vendita (Wenk. Hessische Geschichte II, № 379 an. 1357).

1) См. акты, приведенные у Riccius de dom. pign., стр. 72. См. также Liv- u. Esthl. Briefiade (Bunge u. Toll) № 39 (an. 1336).

2) Примѣромъ наиболѣе простаго типа сдѣлки можетъ послужить запись XIII вѣка въ Штральзундскую городскую книгу: „Ruscheplate statuit filio patris sui hereditatem suam pro tribus mrc. donec reddat eas. (Fabricius. Das ält. Stralsundische Stadtbuch, III, 172).

3) Das deutsche Pfandrecht, стр. 262 сл.

исключить вещный элементъ, разсматривая ее только какъ сдѣлку, въ которой должникъ спеціально указываетъ кредитору на опредѣленные предметы для его удовлетворенія при будущемъ взысканіи. Этотъ, установленный Meibom'омъ, контрастъ вызвалъ всеобщій протестъ въ литературѣ [1]); авторъ тѣмъ не менѣе впослѣдствіи [2]) не отказался отъ высказаннаго имъ взгляда, который остается связаннымъ съ его именемъ. Главный недостатокъ конструкціи Meibom'a тотъ, что онъ противопоставляетъ два понятія, изъ которыхъ одно относится къ области экономической, а другое къ кругу институтовъ гражданскаго права. На самомъ дѣлѣ такое противопоставленіе несправедливо уже потому, что въ обоихъ случаяхъ экономическій моментъ одинъ и тотъ же: при передачѣ владѣнія, какъ и безъ оной. Лицо, ссудившее другого деньгами, получаетъ обладаніе недвижимостью или право на нее въ виду эквивалента за уплаченную сумму. Этотъ эквивалентъ можетъ выразиться въ непосредственномъ обладаніи съ правомъ окончательнаго присвоенія вещи по истеченіи извѣстнаго срока, или въ правѣ на будущее удовлетвореніе изъ стоимости, вырученной черезъ продажу залога. Съ этой точки зрѣнія сдѣлка будетъ носить характеръ обмѣна въ одномъ и другомъ случаѣ, и когда Meibom для опредѣленія втораго вида Satzung указываетъ [3]) на то, что она является только предварительнымъ обозначеніемъ объектовъ будущаго взысканія, онъ

1) См. главнымъ образомъ ст. Stobbe въ Krit. Vierteljahrschr. IX, стр. 284 сл. Также Sohm, Grünhut's Zeitschrift V, стр. 10, по крайней мѣрѣ въ ученіи о залогѣ недвижимости. Обзоръ литературы у Puntschart'a, Schuldvertrag u. Treugelöbniss, стр. 263 сл.

2) Mecklenburgisches Hypothekenrecht. § I, n. 1.

3) Стр. 402 сл.

тѣмъ самымъ признаетъ за ней характеръ мѣновой сдѣлки, такъ какъ это обозначеніе является эквивалентомъ для капиталиста, который безъ этого обезпеченія не рѣшался бы дать деньги взаймы и вообще вступить въ обязательственныя отношенія съ собственникомъ закладываемой вещи.

Упоминаніе объ обязательствѣ приводитъ насъ къ дальнѣйшему разсмотрѣнію построенія Meibom'a. Въ доказательство того значенія, которое имѣетъ въ его глазахъ „Satzung als Tauschgeschäft", онъ старается установить, что въ ней нѣтъ мѣста для долговаго момента, для обязательства подлежащаго обезпеченію — или другими словами, что контрагенты такой сдѣлки не могутъ быть названы кредиторомъ и должникомъ, а только закладопринимателемъ и закладодателемъ. Отрицаніемъ долговаго отношенія Meibom пользуется для подчеркиванія разницы съ Satzung um Schuld, гдѣ заголовое право устанавливается для опредѣленнаго требованія. При обмѣнной Satzung Meibom отрицаетъ наличность иска въ пользу закладодержателя, и несомнѣнно, что въ тѣхъ актакъ, которые въ виду скудости сборниковъ (по крайней мѣрѣ по отношенію къ недвижимостямъ) служатъ для насъ почти единственнымъ указаніемъ, мы имѣемъ дѣло со сдѣлками, гдѣ залогодержателю не дается личнаго иска противъ закладчика и гдѣ послѣднему только предоставляется право уплатить полученныя имъ деньги для обратнаго пріобрѣтенія вещи[1]). Эти сдѣлки нерѣдко устанавливаютъ опредѣленный срокъ для осуществленія этого права со стороны собственника[2]),

1) Ср. по поводу этихъ сроковъ Immerwahr. Die Kündigung (Breslau 1898) стр. 32 сл.

2) Ср. напр. Stralsunder Stadtbuch (изд. Fabricius) III, № 298

иногда онѣ даже содержатъ обѣщаніе со стороны закладчика внести деньги къ извѣстному дню [1]). Но несмотря на эти условія, входящія въ составъ соглашенія и ясно доказывающія, что въ такихъ случаяхъ капиталистъ отдавалъ деньги съ надеждой получить ихъ обратно, а отнюдь не съ желаніемъ удержать залогъ, здѣсь нѣтъ права на искъ противъ закладчика, если онъ въ указанный срокъ не исполнитъ обѣщанія. Тѣмъ болѣе не можетъ быть рѣчи объ искѣ, когда возвращеніе денегъ не связано съ опредѣленнымъ срокомъ [2]). Здѣсь, какъ и тамъ, залогодержатель долженъ считать себя не только обезпеченнымъ, но и удовлетвореннымъ, врученіемъ вещи для пользованія оной и онъ не можетъ быть допущенъ ко взысканію изъ остальнаго имущества лица, которому принадлежитъ право собственности на заложенную вещь. Изъ этого отсутствія личнаго иска Meibom выводитъ, что нѣтъ въ этихъ правоотношеніяхъ отвѣтственнаго и управомоченнаго субъекта, нѣтъ обязанности совершить извѣстное дѣйствіе, на которое могъ бы расчитывать другой контрагентъ, а наоборотъ, что залоговая сдѣлка уничтожаетъ существующую дотолѣ obli-

„Hermann Rosenwater statuit hereditatem suam . . . . per unum annum, transacto anno redimet eam . . . . vel ipsa hereditas habebitur eidem Schulowe propria.

1) Stralsunder Stadtbuch V, 298: sed si unus eorum vult redemere aut alter rehabere denar. alteri dicet ante ad quartale anni. Объявленіе со стороны залогодержателя о желаніи получить деньги не имѣло здѣсь значенія требованія; оно только констатируетъ фактъ неуплаты со стороны закладчика и имѣетъ результатомъ возможность для кредитора оставить окончательно вещь у себя. Такое же значеніе слѣдуетъ придать, по всему вѣроятію, пактамъ, приведеннымъ у Kohler'a, Pfandrechtliche Forschungen, стр. 99, прим. I.

2) См. напр. закладную 1367 г. въ Urkundenbuch der Stadt Magdeburg I, 476: „. . . . das wir den selben hof von yn . . . . wider losen mugen, wenne wir wollen."

gatio[1]), предоставивъ уже кредитору ту цѣнность, въ которой онъ нуждался.

Однако легко убѣдиться, что Meibom здѣсь смѣшиваетъ право взысканія съ обязательствомъ, и считаетъ уничтоженнымъ долгъ, на самомъ дѣлѣ существующій. Выданная залогодержателемъ сумма разсматривается какъ долговая сумма, возвращеніе которой лежитъ на отвѣтственности собственника залога. Послѣдній не принуждается къ совершенію этого дѣйствія путемъ иска[2]), но изъ словъ, употребляемыхъ въ цѣломъ рядѣ актовъ, видно, что зологодатель считается должникомъ, т. е. субъектомъ, обязаннымъ заплатить долгъ.

Meibom для проведенія своего взгляда принужденъ установить грань между актами франкскаго періода[3]) и сдѣлками второй половины среднихъ вѣковъ; встрѣчаясь съ упоминаніемъ долговаго момента въ франкскихъ актахъ, онъ его приписываетъ вліянію римскаго права, тогда какъ онъ съ XI столѣтія находитъ уже зародыши своеобразной Satzung въ

---

1) Въ пользу этого положенія Meibom, l. c. приводитъ между прочимъ закладную конца XIII в. (Wenck. Hessische Geschichte I, Urk., № 98): eidem cum in solutionem dictarum 500 marcarum . . . . castrum obligavimus. Но здѣсь только говорится, что кредиторъ будетъ получать удовлетвореніе изъ заложеннаго замка; должникъ по прежнему обязанъ, но, допуская пользовладѣніе кредитора, онъ тѣмъ самымъ освобождается отъ дальнѣйшаго взысканія.

2) Иногда это отсутствіе иска спеціально даже оговаривается. Ср. Codex diplomaticus Brandenburgensis. III, № 186 (1367): ouch en sol unsir vorbenante here von Magdeborch noch sine Nachkomlingo keyne macht haben das vorbenante gelt von uns oder unsen erven widder zu eysschene, de wile wir undir uns haben wollen.

3) См. Rozière, Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs I, №№ 374—377 . . . . ego pro hujus merito beneficii obpignoro . . . . ei si neglegens apparuero suprascriptum debitum tuum in duplum . . . . sum redditirus.

видѣ простаго обмѣна стоимостей съ исключеніемъ понятія объ обязательствѣ.

Такое раздѣленіе до извѣстной степени произвольно и не достигаетъ цѣли уже потому, что и для позднѣйшаго періода можно указать на акты, гдѣ собственникъ заложенной вещи называется должникомъ, и гдѣ говорится объ его обязательствѣ, объ его обязанности по отношенію къ ссудодателю[1]).

Но если даже не придавать этимъ словамъ рѣшающаго значенія, то придется все таки признать убѣдительность аргумента, который даютъ въ пользу существованія обязательства постановленія сборниковъ, говорящія о поручительствѣ на случай пропажи заложенной вещи[2]), и который вытекаетъ изъ тѣхъ сдѣлокъ, гдѣ кромѣ залогодателя и залогопринимателя участвуютъ еще другія лица, обязывающіяся лично въ томъ, что доходы отдаваемой въ залогъ недвижимости будутъ соотвѣтствовать процентамъ занятыхъ денегъ[3]). Какимъ образомъ было бы здѣсь допустимо по-

---

1) См. Monumenta Boica, XXXVII, № 158 (an. 1199) „. . . si secundo anno sors cum usuris non solveretur extincta esset pignoris obligatio et creditores domum, quiete possiderent . . .“ и Höpken, Das brem. Pfandrecht въ Brem. Jahrbuch VII, стр. 85 . . . . elven Bremer mark . . . . do wy en schulten und wylen wol betalen den veer hilgen dagen to wynachten“. — Stralsunder Stadb. IV. 564: quibus annis evolutis principalem summam in proximo festo Pentecostes tunc venientes solvere debet, quod si non fecerit, dicta hereditas . . . manebit Ambrosio et Alberto.

2) См. Аугсбургское право 1276 г. (изд. Meyer, 1872) XIX § 5 . . . . den Schaden sol der selpschol haben (закладчикъ лишается погибшей вещи) und sine burgen. Швабское зерцало (изд. Lassberg) 258 a.: her vorluset syne pfennynge doran dy her dorumme gab, dorumme is ym gesatztet war. Hot he abir burgen doruf genommen, dy sullen ym syne pfennynge gebyn. То же самое das alte Kulm. Recht (изд. Leman, 1838) V, 34.

3) См. выписку изъ баварскаго Codex Falkensteiniensis XIII вѣка у Gengler, Ein Blick auf das Rechtsleben Bayerns unter Herzog Otto I

нятіе о поручительствѣ, если бы не было главнаго обязательства[1]) со стороны должника? При предположеніи Meibom'a о простомъ обмѣнѣ не было бы мѣста для поручительства уже потому, что подобное Tauschgeschäft не въ состояніи установить между контрагентами на будущее время продолжительную юридическую связь, къ которой прибавилось, въ качествѣ придаточнаго элемента, обязательство третьяго лица.

Изъ попытки Meibom'a слѣдуетъ извлечь заключеніе, что эта форма залога, связанная съ передачей вещи, носитъ въ германскомъ мірѣ тотъ особенный характеръ, что кредиторъ, получая залогъ въ свое обладаніе, тѣмъ самымъ отказывается отъ направленія взысканія противъ остальнаго имущества должника, въ виду того, что онъ имѣетъ достаточную гарантію въ рукахъ. Связанность закладодателя обнаружится, когда послѣдній пожелаетъ воздѣйствовать на вещь до возвращенія занятыхъ денегъ или до наступленія установленнаго для этого срока. Если онъ этого не дѣлаетъ, если онъ не нарушаетъ владѣнія кредитора, то онъ устраняетъ свою личность и остальное свое имущество отъ воздѣйствія закладодержателя, другими словами здѣсь вещное обезпеченіе поглощаетъ личный искъ. Таково положеніе, обнаруживаемое въ дошедшихъ до насъ сдѣлкахъ: тѣ изъ нихъ, которыя ставятъ прекращеніе пользовладѣнія кредитора въ зависимость отъ желанія должника, устанавливаютъ залоговое право, которое

---

von Wittelsbach, прим. 64 „probare . . . debet . . . prefatum predium tale posse persolvere annuatim tributum . . . . Fidejussores sunt 48 talent. Conradus de Assowi et Conradus de Grimhastingen. Ср. Gengler l. c. стр. 20.

1) Ср. Kohler. Forschungen, стр. 111 сл.

можетъ продлиться in infinitum[1]); тѣ изъ нихъ, которыя наоборотъ опредѣляютъ срокъ для возвращенія денегъ, тѣмъ самымъ содержатъ то, что у Римлянъ называется lex commissoria: съ момента просрочки вещное право кредитора превращается въ право собственности. Но здѣсь въ отличіе отъ римскаго ученія кредиторъ не имѣетъ права выбора: онъ съ самаго начала при взятіи вещи отказался отъ личнаго иска и оставленіе залога въ видѣ собственности является для него единственнымъ исходомъ изъ положенія, созданнаго неуплатой долга со стороны должника. Могутъ быть однако случаи[2]), гдѣ при заключеніи заложовой сдѣлки стороны постановляютъ, что, въ случаѣ неуплаты задолженной суммы въ срокъ, заемщикъ долженъ возмѣстить кредитору причиненный замедленіемъ убытокъ. Но такое добавочное условіе должно быть особенно внесено въ залоговую сдѣлку; и кромѣ того оно устанавливаетъ личный искъ не въ размѣрѣ всей суммы занятыхъ денегъ, а только въ размѣрѣ возможнаго убытка. Получается такимъ образомъ новое, такъ сказать, придаточное обязательство; взысканіе по оному не будетъ противорѣчить только что сказанному относительно поглощенія личнаго иска вещнымъ обезпеченіемъ.

Заслуга Meibom'a заключается именно въ томъ, что онъ, несмотря на неправильность конструкціи, выяснилъ объ-

---

1) „Versatz verjährt nicht". Ср. Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter.

2) Ср. актъ 1415 г., напечат. у Schöttgen und Kreysig, Diplomatarium, I, стр. 76: und wenn sy auch irs gelts nicht lenger entpern willent und das an uns vordernt so sullen wir . . . ausrichten . . . Tun wir das nicht . . . welchen schaden sy . . . den lob wir in gentzlich ablegen.

емъ права залогодержателя въ случаяхъ передачи владѣнія залогомъ [1]). Мы возвратимся впослѣдствіи къ предметно ограниченной отвѣтственности залогодателя и увидимъ, что ее нельзя считать отличительной чертой одного залога, связаннаго съ обладаніемъ, но что она, вопреки мнѣнію Meibom'a, встрѣчается и при залогѣ безъ передачи вещи. Извѣстно впрочемъ, что отвѣтственность опредѣленной частью имущества или по крайней мѣрѣ возможность для должника избавиться отъ дальнѣйшаго взысканія посредствомъ уступки данной вещи — явленіе весьма распространенное въ германскомъ правѣ [2]), тогда какъ въ римскомъ подобные случаи принадлежатъ къ числу исключительныхъ явленій [3]).

Эта своеобразная отвѣтственность, т. н. Sachhaftung, врядъ-ли становится яснѣе, если прибѣгнуть [4]) къ олицетворенію вещи, замѣняющей будто-бы личность должника; подобная конструкція оказалась бы столь же удачной, какъ олицетвореніе бланка для построенія вексельнаго обязательства. Проще гораздо указать по отношенію къ данному

---

1) Онъ между прочимъ доказалъ, что Сакс. Зерцало I 70 § 2, въ которомъ говорится о недостаточности опредѣленнаго предмета и о правахъ кредитора искать дальнѣйшее удовлетвореніе въ остальномъ имуществѣ должника, относится къ исполнительному процессу и не касается характера вещнаго обезпеченія при добровольномъ залогѣ, какъ это думалъ еще Neumann, Geschichte des Wuchers (1865) стр. 202. То же самое нужно сказать относительно Deutscher Spiegel p. 92 in fine (изд. Ficker 1859). Ср. еще Lewis, Die Succession der Erben, стр. 113.

2) См. случаи, перечисленные у Stobbe, Deutsches Privatrecht (1898) III, § 224, § 175; и ср. еще Hoffmann, Die Haftung f. aussercontr. Schadenzufügung durch Thiere nach hamb. Rechte въ Gierke's Unters. 51 § 9.

3) Ср. Кассо, Преемство наслѣдника въ обязательствахъ наслѣдодателя, 1895, стр. 48 сл.

4) Какъ это дѣлаетъ Maurenbrecher, Lehrbuch d. gem. deutsch. Rechts I, стр. 971.

случаю на особенность, создаваемую вещнымъ обезпеченіемъ, а именно: на прекращеніе иска кредитора.

Вслѣдствіе этого главнаго момента понятно, что личный искъ, уничтоженный отдачей вещи въ залогъ, не можетъ уже воскреснуть, если заложенная вещь въ рукахъ кредитора будетъ уничтожена неожиданнымъ бѣдствіемъ, какъ напр. пожаромъ [1]), или если она будетъ у него насильственно отнята третьимъ лицомъ [2]). Извѣстная поговорка германскаго права „Ein Haus, ein Brand“ [3]) выражаетъ именно значеніе, которое получаетъ такой несчастный случай, ложившійся на обоихъ контрагентовъ: собственникъ лишается вещи, но и залогодатель теряетъ объектъ, назначенный для его удовлетворенія [4]). Стороны конечно могутъ предвидѣть такія событія и оговорить для должника обязанность исправить [5]) пострадавшую вещь или за-

1) Ср. напр. рѣшеніе Иглавскихъ Шефеновъ XIV столѣтія у Tomaschek, Der Oberhof Iglau § 63. См. далѣе у Pauli, Abhandlungen I и. 167 (an. 1302): sed si ipsa domus igne vel vetustate consumpta fuerit et ceciderit, ex tunc idem Gerardus habebit opcionem per mensem, si dictam domum pro C et L marcis den. redemere velit, vel dicto Hinrico relinquere pro iisdem. Мѣста изъ статутовъ Зеста и Медельбаха, приведененныя у Meibom'a стр. 374 прим. 362 и 363, относятся къ случаю уничтоженія залога, оставшагося въ рукахъ должника.

2) Bremer Urkundebuch III № 498 (an. 1376). Were ok dat wy dat slot unde wicbelde nycht wedder winden konden, so scholet ze dat ghelt vorlorn hebben. — Urkundenbuch der Stadt Lüneburg (изд. Verein f. Niedersachsen) I. № 464 (1351) стр. 280: unde were dat . . . das slot afghewunnen worde . . . so scholde we . . . dat vorbenomede gheld wedder gheven. . . .

3) См. поэтому поводу Graf u. Dietherr. Deutsche Rechtssprüchwörter, стр. 118.

4) . . . nos . . . oppidum perdidisse ipsi vero suam pecuniam quam ad hoc expenderunt debent perdidisse“, Urkundenbuch der Stadt Lübeck III, № 323 (an. 1359).

5) Quod si in eadem mansione aliquod damni acciderit, sive per incendium sive per invasionem vel ruinam vel alio quocunque modo . . . praepositus ad restauriem minime teneatur (an. 1268 у Niesert Beiträge I стр. 290). Но

мѣнить погибшій залогъ другимъ предметомъ [1]). Но такая оговорка только подтверждаетъ общій принципъ, ограничивающій правомочіе кредитора однимъ опредѣленнымъ объектомъ. И все сказанное до сихъ поръ относительно характера вещнаго обезпеченія въ средніе вѣка относится не только къ недвижимостямъ, но и къ случаямъ отдачи въ залогъ вещи движимой, такъ какъ между этими двумя типами залоговой сдѣлки нѣтъ принципіальной разницы [2]); обѣ сдѣлки передавали обладаніе вещью и если можно отмѣтить разницу между ними, то это только въ объемѣ права пользованія. Плодоприносящая недвижимость была призвана служить съ момента ея передачи экономическимъ благомъ въ рукахъ кредитора, получающаго изъ нея доходы; что же касается движимостей, то мы встрѣчаемъ въ источникахъ [3]) постановленія, требующія согласія со стороны должника собственника, для того чтобы кредиторъ могъ пользоваться закладомъ. Но изъ этого врядъ ли нужно вывести [4]) правило, что во всѣхъ территоріяхъ также пользованіе не могло вытекать eo ipso изъ

рядомъ съ такимъ постановленіемъ мы находимъ тамъ же II стр. 196 (an. 1315) si vero hujusmodi castrum . . . capi quoquo modo contigerit destrui vel vastari; hoc eidem Hermanno nos non imputabimus. Immo pro recuperatione et reedificatione ejusdem laborare debemus.

1) См. Hofer. Auswahl der ält. Urkunden in deutscher Sprache № 91 (1324), 170 (1334) и кромѣ того интересную выписку изъ Геттингенскаго Кодекса Фрейбергскаго городскаго права, приведенную у Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, стр. 270 . . . durch feuernoth oder sunften . . . schaden nemen möchte, so will ich . . . meinen Gläubiger . . . von meinen andern Güttern es sei liegent oder farend genugsam befriedigen.

2) См. однако Sohm въ Grünhut's Zeitschrift V стр. 10 и 13.

3) См. напр. Любекское право XIII вѣка у Hach, Das alte lüb. Recht, Codex II § 146 прим. 17.

4) Какъ это дѣлаетъ Meibom l. c. стр. 327 сл.

отдачи въ закладъ вещи движимой. Нѣкоторые сборники [1]) наоборотъ показываютъ, что такое право пользованія допускалось по отношенію къ заложенному скоту [2]), но понятно, что это право подвергалось ограниченіямъ въ виду возможности злоупотребленій, и что черезмѣрное пользованіе могло вызвать со стороны кредитора обязанность вознаградить собственника за причиненный убытокъ.

Для Satzung движимыхъ, какъ и недвижимыхъ вещей, отдаваемыхъ на руки залогодержателю, Meibom [3]) выставляетъ одинъ общій принципъ: при просрочкѣ кредиторъ не обязанъ удовлетворяться изъ продажи залога, но имѣетъ право оставить вещь у себя въ видѣ собственности, и съ этого момента требованіе должника о возвращеніи ему вещи уничтожено. Мы видѣли, что, когда этому праву залогодателя не поставлено предѣла во времени, залогъ въ рукахъ кредитора является чистымъ типомъ залоговаго пользованія или Nutzungspfand: эквивалентомъ для кредитора считаются плоды, получаемые имъ съ заложеннаго участка. Когда наоборотъ установлено условіе о просрочкѣ, залоговое пользованіе превращается въ право собственности (Verfallpfand [4]); и по помнѣнію Meibom'a въ этомъ случаѣ

---

1) См. Rechtsbuch nach Distinctionen (изд. Ortloff 1836) III cap. XIV. Dist. 11 и IV, cap. XLII. Dist. 20.

2) Ср. Rückert. Untersuchungen üb. das Sachenrecht der Rechtsbücher стр. 117; Zöpfl. Rechtsgeschichte стр. 853.

3) Стр. 330 и 346.

4) При закладѣ движимости мы въ большинствѣ случаевъ имѣемъ дѣло съ простымъ Verfallpfand, такъ какъ обыкновенно пользованіе заложенной вещью врядъ ли можетъ служить эквивалентомъ занятыхъ денегъ. При недвижимости наоборотъ просрочкѣ предшествуетъ залоговое пользованіе въ смыслѣ эквивалента, такъ что здѣсь имѣется въ сущности одновременно Nutz- u. Verfallpfand.

такъ же мало можетъ быть рѣчи объ обязанности для кредитора продавать заложенную вещь, какъ и въ случаѣ чистаго Nutzpfand. Отрицаніе допустимости продажи [1]) — или т. н. Distractionspfand — является для Meibom'a безусловной необходимостью, такъ какъ въ противномъ случаѣ рушится его конструкція о мѣновой сдѣлкѣ, при чемъ исчезаетъ выставленный имъ контрастъ съ Satzung um Schuld, гдѣ кредиторъ всегда обязанъ продавать залогъ. Мы увидимъ, что и при залогѣ безъ передачи владѣнія можетъ быть въ случаѣ просрочки условлено простое оставленіе вещи въ видѣ собственности безъ продажи. Здѣсь достаточно отмѣтить акты [2]), неизвѣстные Meibom'y, гдѣ устанавливается залоговое пользованіе недвижимостью съ тѣмъ, чтобы въ случаѣ просрочки кредиторъ былъ обязанъ про-

1) Здѣсь имѣется въ виду конечно продажа права собственности со стороны залогодержателя для погашенія долга. Но онъ всегда имѣлъ независимо отъ этого — какъ и при чистомъ Nutzpfand — возможность отчуждать свое залоговое право за деньги, что не лишаетъ конечно должника права отыскивать вещь въ рукахъ третьяго лица. Ср. актъ 1360 г. у Ricius de dom. pignoris стр. 43 и актъ 1402 г. у Lünig Codex Germ. diplom. I № 337. Залоговое владѣніе въ рукахъ залогодержателя можетъ служить удовлетвореніемъ для его личныхъ кредиторовъ. Ср. Landfriede 1301 г. въ Monumenta Germaniae Legum II стр. 476 и Landfriede 1398 г. въ Sammlung der Rechtsabschiede изд. Koch 1747, I стр. 98. Праву распоряженія (Ср. еще Lünig. Cod. Dipl. II № 15) залогодержателя соотвѣтствуетъ право должника передавать другимъ лицамъ искъ о возвращеніи вещи по уплатѣ денегъ. Ср. актъ 1365 г. у Gudenus, Codex diplomaticus exhibens anecd. Mogunt. V, № 37, стр 666 . . . auch ist zu wiszen . . . dass wir die (Briefe) versatzt han under den Juden zu Worms und zu Spire für zweihundert Guldin. . . .

2) Mecklenburgisches Urkundenbuch VIII №5235 (1331): si dictam pecuniae summam et argentum sibi tunc non solverit ex tunc prefatus Euerardus ipsam heredidatem pro dicta pecuniae summa et argento vendere poterit . . . absque contradictione. Ср. еще VI № 4237, XV 9301 и Bunge, Das Herzogthum Esthland стр. 254.

дать залогъ и удовлетвориться изъ вырученной суммы, а излишекъ выдать должнику [1]).

Здѣсь не нарушается основной моментъ, на который было выше указано: кредиторъ не получаетъ другого удовлетворенія, кромѣ стоимости заложеннаго имущества; но изъ этой стоимости дается ему только то, что дѣйствительно соотвѣтствуетъ его интересу; и съ другой стороны въ этихъ сдѣлкахъ не сказано, что при недоимкѣ должникъ подвергается взысканію изъ остальнаго имущества. Это явленіе служитъ доказательствомъ, что, вопреки мнѣнію Meibom'a [2]), обязанности выдавать hyperocha не всегда соотвѣтствуетъ возможность расширенія отвѣтственности должника [3]) и такимъ образомъ исчезаетъ еще одна изъ мнимыхъ отличительныхъ чертъ между двумя типами германской Satzung.

Тоже самое нужно сказать о закладѣ движимости [4]), относительно котораго сборники нерѣдко налагаютъ на закладодержателя обязанность, въ случаѣ просрочки, продавать находящіяся у нихъ вещи. Meibom относитъ эти мѣста источниковъ къ второму типу залога — къ Satzung

---

1) Mecklenb. Urkundenbuch IV № 2461 (1297) . . . Johannes . . . posuit matri suae duos mansos . . . titulo pignoris pro XXX marcis denariorum quos mansos redimere debebit in festo paschae proximo. Quod si neglierit predicta domina mansos vendet predictos et XXX marcas recipiet Johanni filio suo predicto reliquum presentabit.

2) Стр. 424.

3) Тѣмъ болѣе, что иногда источники наоборотъ признаютъ добавочную личную отвѣтственность безъ обязанности выдавать излишекъ. Ср. Freiberger Stadtrecht (изд. Ermisch 1889) cap. I, § 37 in fine: Waz di pfant bezzer sint, wen si sten, daz mag he behalden, he mac ig ouch widergeben ab he wil. Waz ouch si erger sint, wen si sten, der mac he ieme umme schult geben, der muz im darumme antworten zu rechte.

4) Ср. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts (6-е изд.) § 260 n. 6.

um Schuld [1]), — но въ виду того, что въ этихъ случаяхъ вещное обезпеченіе связано съ передачей заклада кредитору, онъ тѣмъ самымъ уничтожаетъ главную разницу между противоставляемыми имъ Satzung um Schuld [2]) и Satzung als Tauschgeschäft. При томъ онъ и здѣсь для проведенія своего отрицанія долженъ выдѣлить особое мѣсто раннему періоду среднихъ вѣковъ [3]), гдѣ встрѣчаются несомнѣнные слѣды jus distrahendi по закладу движимости [4]). Но рядомъ съ этой, болѣе утонченной, формой реальнаго кредита, одновременно и въ тѣхъ же территоріяхъ, встрѣчаются въ изобиліи акты, гдѣ кредиторъ имѣетъ право оставленія вещи у себя безъ дальнѣйшихъ формальностей [5]). Подобное разнообразіе юридическихъ нормъ на небольшихъ пространствахъ не представляетъ въ сущности

---

1) Рѣшающее значеніе Meibom, стр. 332 сл., даетъ мѣстамъ Rechtsbuch n. Distinct. III cap. XVII, 15 и III cap. XVII, 16: wenn he daz getud (т. е. послѣ напоминанія должнику) dornoch wende he daz (закладъ) in sinen nucz und sy von ieme ledigk u. los. Das ist gered umbe phant, dho nicht zcu gelobet ist. Но онъ не можетъ устранить постановленіе Любекскаго права у Brokes, Selectae observationes forenses. Lübeck 1765. Append. Cod. II 251 . . . unde vorkopen idt (pfand) unde wes darup werdt, dat schall he eme (должнику) vorseygen vor besetenen Borgeren.

2) См. выше стр. 31, прим. 1.

3) Ср. Капитуляріи Левиты. Lib. VII. Cap. 313 (Walter, Cod. Jur. Germ. II. 743): si quis creditor debitore in solutionem tardante, rem sibi pro debito positam distraxerit . . .

4) Сюда нужно также отнести мѣсто рижской Schra der Gesellschaft der Kaufleute 1354 г. (Liv.-, Est.- u. Curl. Urkundenbuch II 950) № 41 . . . so schal men dat pant vorkopen . . . которое врядъ ли можетъ быть приписано римскому вліянію.

5) См. запись 1325 г. у Pauli, Lübische Zustände I, 221 . . . si debitum prenotatum non persolverint Johannes de Ovesvelde ea possunt vendere absque ulla prosecucione coram judicio facienda; тамъ же T. 3, Urkundenbuch. — Ср. еще Gött. Urk. въ Urkundenbuch des hist. Vereins für Niedersachsen Heft VI № 380 an. 1399: Were aves dat ek (должникъ) des nicht endede wanne denne pinkesten vorlopen were, so mochten de vorgenannte Rad zu Gottingen den hengest beholden vor de summen geldes.

ничего удивительнаго; эта пестрота культурной жизни въ прошломъ западно-европейскихъ территорій — явленіе давно обнаруженное и въ ней, можетъ быть, состоитъ главный интересъ изученія средневѣковаго строя.

Право присвоенія собственности на заложенную вещь въ случаѣ просрочки сохранилось въ Германіи до рецепціи юстиніановыхъ компиляцій, въ которыхъ находилось, какъ извѣстно, воспрещеніе помѣщать въ залоговыхъ сдѣлкахъ т. н. lex commissoria. Старая національная форма удовлетворенія кредитора находилась такимъ образомъ въ противорѣчіи съ иноземнымъ правомъ. Первое постановленіе для всей Германіи появилось въ формѣ имперскаго закона лишь въ половинѣ XVI вѣка [1]) и касалось только закладовъ, находящихся въ рукахъ евреевъ. Можно уже раньше отмѣтить воспрещеніе этой оговорки въ отдѣльныхъ статутахъ цѣлаго ряда территорій, между прочимъ въ нѣкоторыхъ городскихъ сборникахъ [2]), которые уже съ конца

---

1) Polizeiordnung 1577 г. (нап. въ Sammlung der Reichsabschiede изд. Koch Frankf. 1747. III, стр. 389). Tit. XX. Von Jüden und ihrem Wucher. § 5 Und dieweil man in Erfahrung kompt dass die Juden mit den Christen sondere Geding machen, da die eingesatzte Pfand in benannter Zeit nicht gelöst würden dass alsdann dieselbige ihnen verfallen seyn sollten. Wann aber dasselbig den Rechten zuwider, so ordnen wir dass solche Geding verbotten und nichtig seyn, sondern sollen den Juden die genommene Pfand... verkauft und das übrige Geld . . . herausser geben werden. Это постановленіе не совсѣмъ оправдываетъ изреченіе, встрѣчающееся иногда въ древнегерманскихъ сборникахъ: „die verfluchten Juden habent vil pezzer recht gegen den christen denn die christen gegen den juden."

2) См. Статуты Вормса 1498 г. (цит. по экземпляру изд. 1561, принадлежавшему Фихарду, ср. Stobbe, Deutsche Rechtsquellen II 322 n. 33) Кн. V. ч. III. Tit. 9 „Onnütz Pact genannt Legis Commissariae seind, so einer den anderen Haab oder Güter pfandsweise einstellet mit solcher peen: so der Schuldner nit bezahlte auff die bestimpte Zeit, das dann das Pfand dem Schuldherren für die Summe der schuld soll vervallen sei." — Nüwe Stadtrechten der löblichen Stadt Fryburg im Prysgow 1520 г.: Von Verpfändunge wir haben

XV вѣка отражаютъ въ себѣ возрастающіе успѣхи романизаціи. Впослѣдствіи конституція Константина была воспроизведена всѣми новѣйшими законодательствами Германіи [1]).

Среди источниковъ средневѣковой Германіи ст. 5 § 5 III книги Саксонскаго Зерцала [2]) занимаетъ мѣсто, которому можетъ позавидовать любой изъ наиболѣе спорныхъ фрагментовъ римскаго Corpus juris. Эта статья, породившая цѣлую литературу, касается заклада домашнихъ животныхъ, т. н. essende Pfänder, и постановляетъ, что если они пропадутъ у закладодержателя, безъ вины съ его стороны, то онъ не можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности, но за то онъ съ другой стороны лишается отданныхъ взаймы денегъ. Предыдущій параграфъ [3]) тойже статьи нормируетъ отвѣтственность кредитора по залогамъ вообще и рѣшаетъ, что они отвѣчаютъ за порчу и пропажу; Stobbe на этомъ основаніи установливаетъ непосредственную связь между этими обѣими статьями, усматривая здѣсь доказательство, что по Саксонскому Зерцалу кредиторъ отвѣчаетъ безусловно за всякій casus, а что въ случаѣ заклада животныхъ предполагается полное соотвѣт-

---

bisher erfahren, dass in Versatzung der Pfanden mancherley unziemliches pact angedingt worden, nemlich. . . es würdt gedingt, wo der Schuldner . . . uff die versprochene Zit nit bezahle, dass das pfandt des Schultherren eigen . . . syn.

1) См. статьи, приведенныя у Warnkönig (Lehre von der Lex commissoria, Archiv f. d. civ. Praxis XXV стр. 430 сл.)

2) Изд. Weiske (1882): Stirbt aber ein phert oder ein vihe binnen saczunge ane jenes schult, der es under ime hät, bewiset her daz und tar her dar sin recht zu tûn, her en gildet es nicht; her hät aber verlorn sin gelt, das ez ime vore stunt.

3) Саксонское Зерцало III 5 § 4; Swaz man aber deme manne lihet oder seczet, daz sal her unverterbet wider brengen oder gelden nach sime werde (ir gelobede en stunde anders).

ствіе между размѣромъ долга и стоимостью животныхъ, такъ что вслѣдствіе заима требованіе закладодержателя прекращается[1]). Stobbe[2]) впослѣдствіи не отказался отъ своего построенія, но тѣмъ не менѣе ему не удалось доказать основательность своего предположенія.

Förster[3]) наоборотъ считаетъ, что § 4 имѣетъ въ виду одну казуальную пропажу залога, и что въ случаяхъ, гдѣ вещь погибла безъ вины кредитора, послѣдній не отвѣчаетъ передъ собственникомъ. Что же касается прекращенія требованія, возникшаго изъ обезпеченнаго обязательства, о которомъ идетъ рѣчь въ § 5, то Förster объясняетъ его особенностью заклада животныхъ, при которой кредиторъ безмолвно обѣщаетъ примѣненіе извѣстнаго радѣнія, упущеніе котораго освобождаетъ должника отъ обязательства. Несомнѣнно, что въ случаяхъ, гдѣ кредиторъ отвѣчаетъ за пропажу, взыскиваемая съ него сумма погашается въ размѣрѣ выданныхъ имъ заемщику денегъ[4]). Но въ § 5 именно предполагается отсутствіе вины заимодавца, такъ что объясненіе Förster'а является несомнѣнно искусственнымъ. То же самое нужно сказать о попыткахъ[5]) конструировать для даннаго случая условное обязательство, т. е. заемное обязательство подъ условіемъ, что заложенная вещь будетъ возвращена кредиторомъ долж-

1) Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts стр. 251 сл.

2) Krit. Vierteljahrschrift IX стр. 298.

3) Zeitschrift f. deutsches Recht, IX, стр. 140. — Ср. еще Unger, Besprechung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs f. Sachsen (1853), стр. 229 сл.

4) По поводу этого зачета ср.Rechtsbuch nach Distinctionen,III, 17. d. 17.

5) Ср. Hahn, Die mat. Uebereinstimmung der röm. u. germ. Rechtsprincipien, стр. 421.

нику, такъ что при ненаступленіи этого условія, т. е. въ случаѣ уничтоженія вещи, обязательство считается неосуществившимся и должникъ въ правѣ не возвращать занятыхъ денегъ. Но при этомъ упускается изъ виду, что и равно обратное полученіе заложенной вещи возникаетъ изъ самой передачи ея кредитору, и что его нужно разсматривать въ крайнемъ случаѣ какъ коррелатъ требованія объ уплатѣ денегъ, но отнюдь не считать составной частью обязательственнаго правоотношенія. Наконецъ трудно примкнуть къ теоріи Albrecht'a[1]), который видитъ въ § 5 особую льготу для закладодержателя на томъ основаніи, что онъ, въ отличіе отъ другихъ держателей чужихъ вещей, не отвѣчаетъ за уничтоженіе вещи и лишается только своего требованія. Предположеніе о льготѣ въ данномъ случаѣ мало основательно уже потому, что уничтоженіе требованія можетъ нанести существенный ущербъ кредитору при малой стоимости залога и такимъ образомъ поставить его въ менѣе выгодное положеніе, чѣмъ коммодатарія, который лишается только цѣнности, находящейся у него на рукахъ.

Вопросъ объ отвѣтственности закладодержателя въ германскомъ правѣ и о постепенномъ ея ограниченіи лежитъ внѣ предѣловъ настоящей работы[2]). Въ постановленіи Саксонскаго Зерцала о закладѣ животныхъ для насъ важенъ вопросъ объ участи требованія залогодержа-

---

1) Die Gewere, стр. 136; ср. еще Budde въ Zeitschrift f. deutsches Recht, IX, стр. 411—422.

2) Ср. Stobbe, Deutsches Privatrecht (1897) II § 164 прим. 24 и приведенную тамъ литературу.

теля. И здѣсь нельзя не упомянуть о Rückert'ѣ [1]), который первый установилъ связь между этимъ мѣстомъ и общимъ ученіемъ средневѣковаго залоговаго права [2]). Несомнѣнно, что здѣсь на этомъ примѣрѣ заложенныхъ животныхъ повторяется вышеуказанный принципъ германскаго права въ примѣненіи его къ вещамъ движимымъ, отдаваемымъ въ ручной закладъ. Кредиторъ въ силу передачи ему вещи отказывается отъ взысканія съ остальнаго имущества должника; закладъ становится для него единственнымъ объектомъ удовлетворенія; и если послѣдній пропадаетъ или уменьшается въ цѣнѣ безъ злостнаго дѣянія со стороны должника [3]), убытокъ кредитора остается непокрытымъ. Мы не имѣемъ основанія думать, что въ саксонскихъ территоріяхъ, правовыя воззрѣнія которыхъ излагались въ сборникѣ Eyke von Repgow'a, правило, выставленное въ III 5 § 5, относилось исключительно къ заложеннымъ животнымъ. Argumentum a contrario опасный пріемъ по отношенію къ средневѣковымъ сборникамъ, въ которыхъ собраны отдѣльныя постановленія, выросшія на почвѣ обычнаго права и не стремящіяся дать полную картину правоваго состоянія опредѣленной области. При томъ нужно имѣть въ виду, что скотъ являлся въ то время однимъ изъ наиболѣе распространенныхъ объектовъ заклада, и что животныя подвергались риску пропажи легче, чѣмъ неодушевленные предметы. Этимъ можно

---

1) Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher (1860) стр. 119.

2) Meibom стр. 289 сл. воспользовался этой связью для подкрѣленія своего понятія объ Satzung безъ обязательственнаго правоотношенія. См. вышесказанное по этому поводу.

3) Ср. Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts стр. 57 сл.

было бы объяснить спеціальное упоминаніе объ нихъ въ Саксонскомъ Зерцалѣ.

Названная статья во всякомъ случаѣ несомнѣнно соотвѣтствовала правовымъ воззрѣніямъ населенія тогдашней Германіи; мы находимъ ее, вскорѣ послѣ составленія Зерцала, въ цѣломъ рядѣ другихъ памятниковъ, большей частью съ дословной передачей текста Repgow'a [1]). Она была между прочимъ рецепирована Гамбургскими статутами 1270 г.[2]) и попытка [3]) умалить ея значеніе въ ганзейскомъ памятникѣ также неудачна, какъ и по отношенію къ первоначальному постановленію Зерцала.

Въ нѣкоторыхъ сборникахъ положеніе о закладѣ скота носитъ обособленный характеръ въ томъ смыслѣ, что въ нихъ рядомъ находятся постановленія, касающіяся залога вообще и стоящія на точкѣ зрѣнія, противорѣчащей принципу ограниченной отвѣтственности закладодателя [4]). Другіе сборники наоборотъ провозглашаютъ освобожденіе должника отъ всякой дальнѣйшей отвѣтственности, не взирая на характеръ заложеннаго объекта [5]). Полнаго единенія здѣсь конечно

---

1) См. напр. Швабское Зерцало 258 b., Кульмское право V. 34; Магдебургско-Герлицкое право 1304 г. (изд. Tschoppe und Stengel, Urkundensammlung zur Geschichte der Städte Schlesiens. 1832) № 88.

2) Lappenberg, Hamburgische Rechtsalterthümer, XII. 12: mer sterft en perdt bynnen vorsettinge van wedderschatte dat ne darf nemand gelden. Mer he schal dat tugen dat it ane syne schuldt dot sy; he vorlust auer syn gelt dor it eme vorestunt, ere vorewart ne syn anders.

3) См. Trummer, Vorträge über merkw. Erscheinungen in der Hamb. Rechtsgeschichte, II стр. 156, 157 и странное толкованіе, которое онъ предлагаетъ для мѣста, приведеннаго въ предыдущемъ примѣчаніи.

4) Ср. напр. въ Rechtsbuch nach Distinctionen (изд. Ortloff) IV 42, dist. 20 съ I, 5 dist 1.

5) Magd. Fragen I 6, 6 . . . Tar der man, dem das pfant gesaczt ist, uff den heiligen sweren das das pfant ane sine vorwarloszunge vorbrant, adir vorlorn sey, so sol der schade irre beyder schade sein, also das her syn gelt do-

нѣтъ; можно отмѣтить сборники, гдѣ примѣненіе положенія Саксонскаго Зерцала явно исключается [1]), отчасти подъ вліяніемъ римскаго права [2]). Послѣднему суждено было вытѣснить [3]) изъ Германіи статью саксонскаго права объ ограниченной отвѣтственности хозяина заклада, которая наряду съ воспринятой акцессорностью иноземнаго права являлась аномаліей [4]); и въ качествѣ таковой она была отмѣнена въ предѣлахъ владѣній саксонскаго курфюрста извѣстной Constitutio electoralis, издан. въ 1572 г.[5]). Однако

---

ran vorloren hette unde yenir dy besserunge des pfandes. (Изд. Behrend'a). Городское право Зальцведеля XV столѣтія (напечат. у Gengler'a Deutsche Stadtrechte, стр. 406) § 80: steidt yd eme to pande so hed he syn geld vorloren (выше разсматриваются послѣдствія, которыя имѣетъ пропажа вещи, находящейся въ рукахъ третьяго лица на различныхъ основаніяхъ, послѣ чего статуты касаются и положенія заложенной вещи). — Ср. Förster въ Zeitschrift f. deutsches Recht. IX, стр. 141.

1) См. Statuta Bremensia 1303 г. Ord. III у Oelrichs, Sammlung alter Gesetzbücher von Bremen p. 68. So wedhen anderen set en perd tho pande kumt eme gicht tho tuischen wather unde cribben it sterve edder wot eme to kome. Dhe it eme seth het dhe scal eme geven sine penninghe dhat et vore stundt.

2) Wiener Stadtrechtsbuch XIVвѣка § 145 (изд. Schuster. Wien. 1873). Ros rinder schaf u. schweine und allen essunden dinch oder phant haben das Recht, das man in ir speis schaff, der si leben . . . Misselingt ir ainem in derselben Zeit, also das er stirbt, dennoch muess man dem Gelter sin gelt geben und das es gezzen hat.

3) Der Stat Worms Reformation кн. V, 3 tit. II, § 8: damit (т. е. смертью животнаго) würt im sein Forderung nit benommen, oder erleschen an der Schuldners Person zu klagen umb bezahlung zu thun. Denn es steht geschrieben ob das Pfandt vergienge damit wirt nit aussgeleschet die Schuld oder forderung an die Person des Schuldners. — Nurnberger Reformation 1564 г. tit. XX, 1. Wurde . . . das versetzt pfand geergert oder verloren . . . des soll der Gläubiger kein abgang noch schaden tragen, und eme nichts weniger bevorsteen sein schuld . . . zu erfordern.

4) См. B. Carpzow, Jurisprudentia forensis II C. XXVI, Def. 3 . . . neminem fugere potest iniquitas juris saxonici . . .

5) Const. elect. XXVI (Lünig, Codex Augusteus I, стр. 96, Churfurst. Aug. Constitutiones II): In gemeinen kaiserlichen Rechten hat es nicht Zweiffel dass solches verlohrnen pfandes schaden der Schuldner als des pfandes eigenthümlicher herr tragen muss. Aber nach sächsischem recht ist solche frage

слѣды прежняго ученія сохранились въ бассейнѣ Эльбы [1]) еще въ XVII столѣтіи [2]). Мы находимъ у Carpzow'a [3]) указаніе на одно дѣло, возникшее послѣ разгрома Магдебурга въ 1639 г., уничтожившаго массу имущества и между прочимъ заложенныя движимыя вещи, по поводу котораго должникъ для освобожденія отъ личной отвѣтственности ссылался на Саксонское Зерцало III 5 § 5.

---

nicht fast richtig. Dann obwohl daselbst versehen, dass der Gläubiger den Verlust des pfandes nicht gelten dörffe, wenn das pfand ohne seine Schuld um und wegkommt, so ist, dennoch daneben auch verordnet dass er gleichwohl sein Geld auch verloren haben soll. Weil aber solche ordnung nicht allein den ... kayserlichen sondern auch den natürlichen rechten etwas zuwieder laufft; so wollen wir auf unterthänige Erinnerung unserer verordneten, die disposition der Sachsenrechts in diesem Fall hiermit aufgehoben, demselben derogirt und geordnet haben, dass fortan nach gemeinen kayserlichen rechten diesfalls gesprochen und erkannt werden solle. — Ср. по этому поводу Schletter, Die Constitutionen Kurfürst August von Sachsen стр. 269—270.

1) Это обнаруживается между прочимъ въ сочиненіяхъ юристовъ XVI столѣтія; см. Wesenbecius, Comment. in Pandectas, Lib. XIII de pign. VII n. 7. Болѣе узкое назначеніе положенію Саксонскаго Зерцала даетъ Berlichius, Conclusiones II concl. 32 № 4. In reliquis igitur rebus inanimatis pignori datis secus erit, et illarum periculum spectabit quidem ad debitorem, creditor tamen ob id suum creditum non amittit. Item procedit dispositio juris Saxonici, si tantum creditor in pignore confidit; secus est, si praeter securitatem pignoris etiam respectum habuit ad personam debitoris, et in ejus personae obligatione aliquam fidem posuit, tunc propter amissionem pignoris actionem personalem adversus debitorem non perdit, sed creditum suum nihilominus petere potest.

2) Послѣднимъ защитникомъ положенія саксонскаго права въ мѣстной литературѣ является Schott, Opuscula juridica. Lips. 1770 стр. 296 и 305.

3) Jurisprudentia forensis, II Const. XXVI Def. III: „Obwohl solcher Contract zu Magdeburg geschlossen ist ... auch in gemeinen sachsischen Rechten klar versehen ist ... dass durch Hinwegkommen des Pfandes der Glaubiger zugleich seyn Geld verloren. Dieweil aber dennoch solche Verordnung nach Buchstablichem Inhalte des Sachsenrechts allein von Pferden und Vieh zu verstehen, und keineswegs auf andere Pfande zu ziehen, dererwegen es auf sachsischem Boden bey der Vorsehung gemeiner keyserlichen Rechte verbleibt. So hat sich euer Schuldner mit der Verordnung des Sachsenrechts nicht zu behelfen."

Для русскаго юриста особенно интересно распространеніе этой статьи въ территоріяхъ, находящихся нынѣ въ предѣлахъ нашего отечества. Изъ Гамбурга статья Саксонскаго Зерцала перешла въ концѣ XIII вѣка въ Ригу; мы ее находимъ въ сборникѣ, извѣстномъ подъ названіемъ гамбургско-рижскаго права [1]). Въ началѣ XIV вѣка въ т. н. переработанныхъ Рижскихъ Статутахъ она воспроизводится въ болѣе общей формѣ [2]), освобождая отъ личной отвѣтственности за долгъ не только хозяина животныхъ, но вообще всякаго закладодателя. Эта пространная редакція перешла въ ревизованные Рижскіе Статуты [3]) XVII вѣка. Въ области земскаго права ст. 192 средняго Лифляндскаго Рыцарскаго Права [4]) повторила буквально положеніе Сакскаго Зерцала о заложенномъ скотѣ. При кодификаціи остзейскаго гражданскаго права въ 1864 г. было рѣшено распространить постановленіе рижскаго права на всю Лифляндію и такимъ образомъ получилась статья 1481 III ч. Свода мѣстныхъ узаконеній: „по „Лифляндскому праву, земскому и городскому, случайное „уничтоженіе отданной въ закладъ вещи, если не будетъ „постановлено особаго условія, погашаетъ то требованіе, въ „обезпеченіе котораго вещь отдана была закладодержателю.“

Интереснѣе еще участь статьи Зерцала въ литовскомъ правѣ. Работа Eyke von Repgow'a распространилась, какъ извѣстно, и въ западной Европѣ. Для Польши былъ

1) У Napiersky, Quellen des Rig. Stadtrechts. X. 12.

2) У Napiersky l. c. I 21 § 2. Mer vorlieset en man en pant, ofte stervet eme en pert ofte en queck, dat eme tho eneme pande ghesat is . . . he vorluset aver sin gelt, dar et eme vor stunt.

3) Der Stadt Riga Statuta und Rechte III 9, § 1.

4) Dat Ridder Recht (изд. Oelrichs. Bremen 1773) стр. 134.

составленъ Яскеромъ латинскій переводъ Зерцала въ 1535 г.[1]); имъ воспользовались несомнѣнно составители втораго литовскаго статута 1566 г. Здѣсь мы читаемъ въ Разд. VII арт. 21: (хто бы кому заставилъ коня або вола безъ року): „уставуемъ, если бы хто кому заставилъ коня „або вола безъ року або и на рокъ, а въ томъ часѣ оное „заставы конь альбо волъ здохнетъ безъ причыны образенья, „ижъ робечы имъ не порвалъ, або голоденъ не вморилъ; „тогды такового коня або вола платити не повиненъ, „тому скуру показати, и тые пенези, въ чомъ былъ заку„пилъ, тратитъ[2])."

Здѣсь явное вопроизведеніе Саксонскаго Зерцала III 5 § 5[3]). Выдача шкуры животнаго, какъ доказательство гибели, упоминается въ Зерцалѣ[4]) и также въ компиляціи, извѣстной подъ названіемъ Sächsisches Weichbild, латинскій текстъ которой приложенъ къ работѣ Яскера[5]). При составленіи третьяго статута 1588 г. значительную роль играли романистическія вліянія. Пропажа залога, какъ поводъ для прекращенія долговыхъ отношеній между закладчикомъ и кредиторомъ, не могла не встрѣтить противорѣчія. Рѣшено было, по видимому, покончить компромис-

1) Изд. въ Краковѣ подъ заглавіемъ: Speculum Saxonum. Правильную оцѣнку значенія этой работы даетъ Тарановскій, Обзоръ памятниковъ магдебургскаго права зап. русскихъ городовъ. 1897. стр. 24 сл.

2) По изд. Временника Московскаго Общества Исторіи. 1854.

3) Въ переводѣ Яскера: Moriatur equus vel animal obligatum sine creditoris culpa, hoc solvere non tenetur, si id probaverit et ut juris est a dolo sese excusaverit; summam autem debiti, in qua obligata fuit res illa, per hoc ammittit creditor.

4) Lib. III art. X. Si animal quod praesentari debuit mortuum fuerit, promissor, in judicio cuttim si praesentaverit, liberatur.

5) Juris municipalis Maideburgensis Liber vulgo Weichbild nuncupatus ex vetustissimis exemplaribus, стр. 109.

сомъ между дѣйствующимъ правомъ и римскимъ сохраняющимъ, какъ извѣстно, за личнымъ искомъ полную самостоятельность, не смотря на вещное обезпеченіе. И такимъ образомъ получился въ Разд. VII статья 29, которая, повторяя слова прежней статьи, освобождавшей кредитора отъ обязанности уплатить убытокъ, вызванный случайнымъ событіемъ, прибавляетъ далѣе: „А тотъ (закладчикъ) взявшы „скуру повиненъ будетъ только половину тыхъ пенезей по„зычоныхъ стороне своей отдати.“

И эта редакція, перешедшая между прочимъ въ Уложеніе Царя Алексѣя Михаиловича [1]) и укоренившаяся въ Малороссіи[2]), сохранила до настоящаго времени силу закона въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской[3]).

Въ связи съ разсмотрѣніемъ того значенія, которое имѣетъ для обезпеченнаго обязательства уничтоженіе обезпечивающей вещи, нельзя не упомянуть о закладахъ Евреевъ. Въ привилегіяхъ, пожалованныхъ имъ властителями отдѣльныхъ территорій, встрѣчаются постановленія, касающіяся тякже залоговаго права Евреевъ и Ломбардовъ на вещи, получаемыя ими въ видѣ обезпеченія заемныхъ обязательствъ. И тамъ неоднократно указывается на то, что заложенная вещь исчерпываетъ правомочія кредитора по отношенію къ имуществу должника, всѣдствіе чего случай-

1) Гл. X § 197.

2) Права, по которымъ судится малороссійскій народъ (изд. Кистяковскаго) XVI арт. 36 § 5.

3) Сводъ законовъ т. X, ч. 1, прим. къ ст. 1677 п. 7: Рабочій скотъ, отданный въ закладъ, можетъ быть употребляемъ заимодавцемъ въ работу; если бы въ семъ случаѣ животное, находясь въ закладѣ, пало не по винѣ заимодавца, то онъ обязанъ возвратить хозяйну токмо одну кожу, получивъ за то не болѣе половины занятыхъ денегъ.

ная потеря или порча заклада не отражается на удовлетвореніи кредитора, лишеннаго добавочнаго взысканія[1]).

То же самое встрѣчается и въ нѣкоторыхъ сборникахъ, гдѣ въ особой статьѣ, посвященной Евреямъ, постановляется, что закладодатель отвѣчаетъ передъ ними лично только въ случаѣ особой оговорки[2]). Stobbe[3]) повидимому расположенъ усмотрѣть здѣсь вліяніе еврейскаго права; но на основаніи всего предыдущаго можно сказать, что въ этихъ постановленіяхъ, имѣющихъ въ виду спеціальную форму заклада, отражаются въ сущности основные взгляды германскаго права на вещное обезпеченіе, какъ на полный эквивалентъ требованія[4]). Мы видѣли выше, что залогодержатель, обладающій заложенной вещью, не имѣетъ иска противъ заемщика; и здѣсь это положеніе еще разъ повторяется относительно Евреевъ. А если мы въ нѣкоторыхъ памятникахъ находимъ только что указанный прин-

---

1) См. Züricher Lombarden Privilegium 1409 г. (напечат. въ Zeitschrift für Schweiz. Recht IV. 1855. стр. 35): wurden aber die Pfand von Für verloren, do süllent die Lomparter Hauptguot und Gewin verloren haben, und der das Pfand des es gewesen ist. — Brixener Juden Privileg 1403 г. у Bischof, Oester. Stadtrechte und Privilegien (1857) стр. 13: verleust einer sein pfant, so verleust der Jude sein Geld, das auf den pfanden steht. — Weissenburger Juden Privilegium 1362 г. (у Wiener'a Regesten zur Geschichte der Juden in Deutschland, I, стр. 112), № 58: Leiht ein Jude einen Christen ohne Zeugen auf ein Pfand und sie kämen darüber in Streit, so mag der Jude behaben auf seinem Pfande um was es ihm steht, darf aber den Christen nicht zur Lösung zwingen ausser, wenn dieser sie ihm gelobt hat.

2) Rechtsbuch nach Dist. III. 17. dist. 16. Had eyn iode pfand, darzcu gelobte ist, der mag ienen umme daz gelobede beclagen an gherichte. Bekennet her dass her globet had zcu dem pfande so sal men ome helfen czu dem phande, ab ez zcu korcz ist.

3) Die Juden in Deutschland стр. 126 и прим.

4) Ср. слова Rechtsbuch nach Dist. III 17. d. 12 „so vorluest der jude sine phenninghe und der cristen sin gut" съ выше приведеннымъ фрагментомъ, Magd. Fragen I. 6. 6.

ципъ, примѣненный къ закладу Евреевъ[1]), рядомъ съ расширеніемъ отвѣтственности залогодателя во всѣхъ остальныхъ случаяхъ[2]), то это можетъ только означать, что оригинальное воззрѣніе германскаго права дольше уцѣлѣло въ тѣхъ сферахъ, гдѣ залоговыя сдѣлки заключались въ видѣ промысла. Впослѣдствіи, не смотря на романизацію XV и XVI столѣтій, мы находимъ еще слѣды такихъ закладовъ съ ограниченной отвѣтственностью заемщика. Статуты города Франкфурта на Майнѣ — т. н. Frankfurter Reformation — рѣшаютъ напр., что при залоговой сдѣлкѣ съ Евреемъ оставленіе вещи въ его рукахъ, даже при ея недостаточности, освобождаетъ должника отъ дальнѣйшаго взысканія[3]). Montes pietatis или ссудныя кассы имѣли цѣлью, по крайней мѣрѣ первоначально, создать опасную конкурренцію[4]) Евреямъ закладопринимателямъ, въ виду того, что займы въ этихъ учрежденіяхъ предполагались сначала безпроцентными. Но, какъ извѣстно, эти montes не оправдали впослѣдствіи тѣхъ надеждъ, которыя возлагала

---

1) Мюнхенское городское право XIV столѣтія (Auer. Das Stadtrecht von München, стр. 274) c. 23: Swelher jud leihet uf pfant, der sol uf dem selben pfant haben habtguot und gesuoch, also daz man ime hinzuo ob im iht abgeet, niht geben sol.

2) Тамъ же c. 105.

3) Der Statt Frankenfurt erneuerte Reformation 1578 г. Ander Theyl Titulus XVII § 9: Doch, wann der Kläger ein Jüd oder sonst ein solche Person were, so der wucherischen Contracten verdächtig, und der Beklagt, vor Befestigung des Kriegs, sich erböte, dem Kläger die Pfande für die geliehen Gelt eygenthümblich zu überlassen; so sol der klagend Gläubiger solch erbieten anzunemmen, und die Pfande, ob sie gleych nicht so gut weren, als die Schuldt zu behalten schuldig seyn . . .

4) Ср. Endemann, Die national-öconomischen Grundsätze der canonischen Lehre стр. 37 сл.— Интересно отмѣтить, что въ нѣкоторыхъ территоріяхъ Евреи не имѣли право давать деньги взаймы иначе, какъ подъ закладъ движимости. См. франц. Ordonnance 28 іюня 1315 г. Ср. по этому поводу Vuitry, Etudes sur le régime financier de la France, I. стр. 100.

на нихъ западная церковь[1]). Имъ однако принадлежитъ несомнѣнно одна заслуга: они способствовали распространенію обязательности продажи заклада послѣ просрочки и вытѣсненію Verfallpfand'a изъ экономической жизни Запада[2]). Ссудныя кассы такимъ образомъ всегда были обязаны выдавать закладодателю излишекъ, вырученный продажей, но за то онѣ исключали изъ своихъ операцій моментъ личнаго кредита, уже потому, что онѣ имѣли въ виду заемщиковъ, лишенныхъ онаго; и при выдачѣ ссуды онѣ не принимали въ разсчетъ возможность дополнительнаго взысканія изъ остальнаго имущества закладчика. Здѣсь лишній разъ подтвердилось, что обязанности выдавать hypercha не соотвѣтствуетъ неизбѣжно личная отвѣтственность должника въ случаѣ недоимки. Интересную картину представляютъ въ этомъ отношеніи нѣкоторыя изъ германскихъ территорій: въ Гамбургѣ напр. въ XVII столѣтіи[3]), когда успѣла уже укорениться ак-

---

1) См. напр. сочиненіе Thomas de Vio (Cajetanus), направленное противъ ссудныхъ кассъ: de monte pietatis въ Tractatus tractatuum VI, p. 419. Ср. по этому поводу Beckmann, Beyträge z. Geschichte der Erfindungen 1792. III, стр. 337.

2) См. Scaccia. De commerciis et cambio § I, qu. 1, № 442, (habet enim mons pietatis tria capitula). Secundum quod ab accipientibus mutua capiant pignora et suo periculo custodiant in domo, ad hoc conducta et pignora reddentibus mutuum intra annum restituant, alias elapso anno publice vendent, et deducto prius pretio, quod monti debetur, quod superest restituant domino rei pignoratae.— Ср. по этому поводу привилегіи Ломбардовъ, гдѣ наоборотъ просрочка освобождала кредитора отъ всякихъ обязанностей по отношенію къ закладчику. Правила издан. въ 1282 г. для Ломбардовъ въ Констанцѣ (Zeitschrift f. d. Geschichte des Oberrheins XXI, стр. 63): Volumus etiam et ipsis concedimus ut pignora, quae eis fuerint obligata, postquam per annum et diem ea detinuerint, ita quod ab eis non fuerint absoluta, eadem ex tunc vendere possint, nec de ipsis alicui de cetero debeant respondere.

3) Leihhausordnung von Hamburg, напечат. у Marquardus, De jure mercatorum. Francof. 1662. Lib. IV, cap. 4, № 33.

цессорность римскаго залоговаго права, мы находимъ для ссудныхъ кассъ правила, которыя тѣмъ не менѣе стоятъ еще на прежней точкѣ зрѣнія: ссудная касса не имѣетъ взысканія противъ должника [1]). Въ случаѣ пожара склада кассы убытокъ распредѣляется между сторонами какъ въ саксонскомъ правѣ: должникъ не имѣетъ права требовать возмѣщенія, но за то онъ освобождается отъ обязанности возвращать занятыя деньги [2]).

Въ виду абсолютнаго значенія, получаемаго здѣсь реальнымъ обезпеченіемъ, уставы ссудныхъ кассъ обращали особое вниманіе на оцѣнку закладываемыхъ вещей и налагали на оцѣнщиковъ обязанность покрывать потери кассы собственными средствами [3]). Впрочемъ нѣкоторые уставы разрѣшаютъ въ такихъ случаяхъ оцѣнщикамъ вчинать обратный искъ противъ закладчиковъ [4]). Другіе же уставы прямо возвращались къ римскимъ воззрѣніямъ и призна-

---

1) § XX; Wehre aber ein Pfand: weniger Werth als darauff geliehen worde sampt denen darauf haftende Zinsen und Lohn, also dass es im Ausruffe so hoch nicht kondte aufgebracht werden, so soll der Verwalter solchen Abgang von dem seinem zu erstatten schuldig seyn.

2) § XII. Sollte aber (welches doch Gott verhüte) das Pfand durch Feuersbrunst, Gewalt oder andere Unglücks Fälle von abhanden gekommen seyn, so soll der Eigener das Pfand, und das Leihhaus die darauf haftende Gelder entbehren müssen. — Ср. еще изданный впослѣдствіи регламентъ 14 дек. 1775, приведенный у Baumeister, Hamburgisches Privatrecht I. 263.

3) См. Leihhausordnung zu Emden 1768 г., (напечат. у Berg, Teutsches Recht V стр. 954) § 12; Reglement des Leihhauses zu Aschersleben 18 марта 1776 г. (Berg стр. 990) § 11.— Ср. также Réglement d'administration du Mont de Piété, homologué au Parlement de Paris le 26 Fevrier 1778, art. LVIII: La Communanté des Huissiers commisseurs priseurs sera garante envers le Bureau de l'évaluation que ses membres auront faite des nantissements; de sorte que le Bureau puisse toujours être assuré de la rentrée de la somme qui aura été prêtée d'aprés ladite évaluation.— Ср. еще Blaize, Des Monts de piété, I, стр. 155 сл.

4) См. напр. Gottingsche Leihhausordnung 1731 г. (напечат. у Beckmann, Sammlung auserlesener Landesgesetze, V) § 24.

вали за ссудной кассой личный искъ противъ закладодателей [1]). Съ конца прошлаго столѣтія и въ теченіе нынѣшняго можно отмѣтить, что уставы не упоминаютъ объ личной отвѣтственности должниковъ кассы [2]); только въ правилахъ, изданныхъ для Гамбурга и для Саксоніи въ 1880 и 1882 г., встрѣчается прямое исключеніе этой отвѣтственности [3]) — послѣдній слѣдъ въ современной Германіи принципа, выраженнаго Саксонскимъ Зерцаломъ III 5 § 5!

Если мы теперь окинемъ взоромъ все сказанное до сихъ поръ, мы получимъ впечатлѣніе, что въ средневѣковомъ германскомъ правѣ встрѣчается залогъ, отличающійся отъ римскаго въ томъ отношеніи, что съ нимъ не связано понятіе объ акцессорности, какъ у Римлянъ. Въ Германіи вещное обезпеченіе устраняло для кредитора возможность вчинать личный искъ, вытекающій изъ обязательства, для котораго былъ установленъ залогъ. Въ этомъ явленіи отражается

---

1) См. напр. Leihhaus Ordnung zu Gotha (Berg, l. c. стр. 967) § 7.

2) См. прусскіе законы о содержателяхъ ссудныхъ кассъ 13 марта 1787 г. (Rabe, Sammlung preussischer Gesetze I. 7) §§ 119, 124; 1803 г. (Berg, l. c. V. стр. 486), § 1; законъ о городскихъ ломбардахъ 28 іюня 1826 г. (у Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen der preuss. Gesetze, стр. 670 сл.); и наконецъ зак. 17 марта 1881 г. (въ Zeitschrift f. Handelsrecht, XXVII, стр. 475 сл.).

3) Hamburgisches Gesetz betreffend die Pfandleihordnung, 10 дек. 1880 г. (нап. въ Zeitschrift f. Handelsrecht, XXVII, стр. 492) § 9 . . . . Ueber Schäden welche die Pfandgegenstände durch Zufall treffen, haben die Pfandleiher . . . . Anzeige zu machen. Ist der Zufall rechtzeitig angemeldet und gehörig nachgewiesen, so kann weder der Pfandleiher die Erstattuug des Darlehns, noch auch der Verpfänder die Rückerstattung des Pfandes oder entsprochenden Ersatz verlangen. — Sächsisches Gesetz das Pfandleihgewerbe betreffend отъ 21 апрѣля 1882 г. § 12: Geht das Pfand unter oder wird es verschlechtert, oder wird für dasselbe ein den Betrag der Forderuug des Pfandleihers erreichender Erlös nicht erzielt, so steht dem Pfandleiher gegen den Verpfänder aus dem Darlehnsvertrage eine Klage nicht zu.

экономическій принципъ, въ силу котораго кредиторъ, опредѣливъ себѣ заранѣе извѣстный предметъ для удовлетворенія своего интереса, eo ipso отказывался отъ остальныхъ благъ, находящихся въ имуществѣ должника [1]). Для послѣдняго же подобная сдѣлка представляла ту существенную выгоду, что онъ такимъ образомъ освобождался отъ риска личнаго задержанія. Этотъ римскій институтъ исполнительнаго процесса успѣлъ уже, какъ извѣстно, водвориться въ цѣломъ рядѣ германскихъ территорій къ серединѣ XIII столѣтія [2]). Мы видѣли также, что это ограниченіе въ правѣ взысканія кредитора не всегда влечетъ за собой, какъ необходимое послѣдствіе, право присвоенія всей стоимости вещи въ случаѣ просрочки, а что наоборотъ ограниченіе отвѣтственности залогодателя можетъ совпасть съ обязанностью для кредитора продавать заложенную вещь и выдавать hyperocha бывшему собственнику.

Все сказанное до сихъ поръ относилось къ залогу, связанному съ передачей вещи кредитору; теперь остается разсмотрѣть другую форму залоговой сдѣлки, устанавливающей только извѣстное право на вещь безъ обладанія и пользованія, и убѣдиться, что т. н. neuere Satzung возникло одновременно съ т. н. ältere Satzung, и что кромѣ того между двумя встрѣчающимися типами залоговыхъ отношеній нѣтъ того принципіальнаго различія, которое Meibom старался отыскать.

---

1) См. Kohler, Forschungen, стр. 114.

2) Ср. Саксонское Зерцало III, 39 § 1. Sve so scult vorderet up enen man, der he gelden nicht ne mach noch burgen setten, de richtere sal ime den man antwerden vor dat gelt den sal he halden gelik sinem ingesinde mit spise unde mit arbeide. Ср. еще узаконенія, приведенныя у Thudichum, Geschichte des deutschen Privatrechts, стр. 67, прим. 3.

Выше было упомянуто объ отождествленіи въ прежней литературѣ залога съ продажей въ тѣхъ случаяхъ, когда закладываемая вещь переходила въ обладаніе кредитора. Этому отрицанію самостоятельнаго значенія залоговой сдѣлки въ Германіи соотвѣтствовалъ господствовавшій еще въ концѣ прошлаго вѣка взглядъ, считавшій Satzung безъ передачи владѣнія результатомъ рецепціи римской ипотеки [1]). Впослѣдствіи Albrecht'омъ [2]) было доказано неосновательность такого предположенія, такъ какъ Satzung въ этой формѣ встрѣчается еще до наступленія романистическихъ вѣяній; но онъ тѣмъ не менѣе усмотрѣлъ въ этомъ институтѣ явленіе болѣе поздняго періода и назвалъ его потому neuere Satzung. Теперь установлено, что эта Satzung [3]) заключалась гораздо раньше [4]), чѣмъ думалъ Albrecht, и не только въ городахъ [5]), но что она вообще существовала съ самаго начала разсматриваемаго періода [6]) параллельно съ залоговой сдѣлкой, передающей обладанія [7]). Мы находимъ слѣды установленія права на вещь въ такой

---

1) Такъ напр. Kreittmayr. Anmerkungen über den Cod. Maximilianeum II § 1 и § 10 n. 2.

2) Die Gewere, § 17.

3) Она неоднократно въ источникахъ обозначается подъ названіемъ Unterpfand. См. Arnold, Zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten стр. 128.

4) Первые слѣды такого залога въ Бременѣ въ 1303 г., Ordele №№ 17 и 48 у Oelrichs l. c. стр. 74 и 96; въ Ригѣ въ 1288 г. и 1317 г. (Liv-, Est- u. Curl. Urkundenbuch III 1044 b № 36, 38); въ Ревелѣ въ 1358 г. (Urkundenbuch II 980 № 23).

5) Ср. Francken, Französisches Pfandrecht, стр. 7; Brunner, Zur Rechtsgeschichte der röm. u. germ. Urkunde стр. 193 n. 4.

6) См. Heusler. Institutionen des deutschen Privatrechts II. § 104.

7) Для лонгобардскаго права интересно слѣдующее мѣсто edict. Liutr. (an. 725) 67: nam si obligatae res fuerint nominativae non eas possent vendere, dum ipsam cautionem non sanaverint.

формѣ уже въ памятникахъ первой половины среднихъ вѣковъ; при чемъ невольно навязывается сравненіе съ Vergabung von Todes wegen франкскаго періода, гдѣ рядомъ съ непосредственной передачей права собственности находятся сдѣлки, устанавливающія въ пользу одареннаго только условное право на случай, если онъ переживетъ дарителя [1]). И въ области залоговыхъ сдѣлокъ мы встрѣчаемся съ созданіемъ обезпеченія для будущаго требованія, такъ что осуществимость этого воздѣйствія на вещь обусловлено наступленіемъ дотолѣ еще неизвѣстнаго момента, и правоотношеніе къ объекту залога остается in suspenso — безъ выдачи его будущему кредитору [2]). Этотъ типъ залоговаго права конечно не обнаруживается во всѣхъ территоріяхъ съ одинаковой законченностью; въ саксонскихъ мы видимъ, что иногда обычное право прибѣгало къ фикціи [3]): кредиторъ считался пріобрѣвшимъ die Gewere, хотя фактическое обладаніе вещью оставалось у должника, но эта фикція была необходима, чтобы дать кредитору, въ случаѣ просрочки долга, возможность получить ускореннымъ порядкомъ заложенную вещь. Въ южныхъ террито-

1) Ср. Hübner. Die donationes post obitum въ Gierke's Untersuchungen XXVI и значеніе, которое имѣла traditio cartae для передачи права, §§ 7—11.

2) Интересны лонгобардскіе акты, въ которыхъ устанавливается залоговое право на тотъ случай, если покупщикъ будетъ стѣсненъ въ своемъ обладаніи правомъ третьяго лица; его право на вознагражденіе въ такомъ случаѣ обезпечивается извѣстной частью имѣнія, остающагося въ рукахъ продавца. Codex diplomaticus Cavensis. Neapol. 1873. I № 124 (an. 908) . . . vobis apposui et obligo . . . terram meam . . . et . . . tantum per adpretiatum vos exinde tollere liceat . . . quantum uxor mea exinde (изъ проданнаго участка) vobis tulerit.

3) Magdeburger Fragen (изд. Behrend) I, 6, 8. Wirt eyme eyn erbe vor gerichte gesaczt, der hat eyne rechte gewere doran, unde man sol yn von rechtis weyn doryn wisczen.

ріяхъ мы встрѣчаемъ болѣе смѣлыя построенія [1]), хотя и тамъ встрѣчаются сдѣлки, занимающія среднее мѣсто между обоими типами Satzung [2]): должникъ, закладывая вещь, очень часто вмѣсто передачи вещи вручалъ кредитору только одни документы, на основаніи которыхъ онъ владѣлъ даннымъ участкомъ, вслѣдствіе чего онъ лишался возможности распоряжаться оной, а кредиторъ въ свою очередь пріобрѣталъ преимущество передъ остальными кредиторами въ томъ смыслѣ, что онъ ихъ исключалъ при удовлетвореніи изъ даннаго имущества, не взирая на то, что нѣкоторые изъ нихъ могли также имѣть залоговое право, но безъ передачи документовъ. Это вручение правоваго титула вмѣсто самой вещи встрѣчается довольно часто въ южной Германіи [3]) и въ Австріи [4]); оно должно было исчезнуть впослѣдствіи по мѣрѣ того, какъ укоренялось римское право, гдѣ принципъ „prior tempore, potir jure“ не допускалъ преимущества въ пользу держателя документовъ [5]).

Если такимъ образомъ этотъ второй видъ Satzung — залогъ съ оставленіемъ обладанія у должника — не можетъ быть безусловно противопоставленъ первому въ порядкѣ

---

1) См. Monumenta Boica VI, 420, № 20, VII 173; VIII 541; IX 387; X 86. Для сѣверной Германіи ср. P a u l i, Lüb. Zustände I, Urk. 44, 63.

2) Ср. R o t h, Die Hausbriefe des Augsburger und Regensburger Recht въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte X, стр. 354.

3) Ср. еще H u b e, Augsburger Statutarrecht стр. 76, 84.

4) B i s c h o f f, Ueber Verpfändung von Haus- und Grundbriefen, въ Zeitschrift f. Rechtsgeschichte XII, стр. 98 сл.

5) Тѣмъ не менѣе въ нѣкоторыхъ городахъ Баваріи, въ Регенсбургѣ напр., эти залоговыя сдѣлки встрѣчаются еще въ началѣ нашего столѣтія, ср. R o t h, Bayrisches Civilrecht, II, 378.

хронологіи, то тѣмъ не менѣе нельзя отрицать, что онъ чаще встрѣчается по мѣрѣ того, какъ мы приближаемся къ исходу среднихъ вѣковъ. По общепринятому мнѣнію онъ примѣнялся только къ недвижимостямъ; для движимаго имущества, до разрушительной рецепціи римской ипотеки, допускался одинъ ручной закладъ: Kisten- или Tauschpfand — quod claudi potest cista vel domo [1]).

Однако можно отмѣтить отступленія отъ этого принципа; не говоря уже о бодмереѣ [2]), которая, какъ мы это ниже увидимъ, въ средніе вѣка носитъ характеръ займа, обезпеченнаго закладомъ движимости безъ владѣнія кредитора, можно найти случаи, гдѣ заложенная движимость остается въ рукахъ должника [3]), потому что пользованіе ею ему необходима, а кредиторъ тѣмъ не менѣе пріобрѣтаетъ исключительное право на удовлетвореніе изъ ея стоимости [4]).

---

1) См. древнѣйшее рижское право въ Liv-, Est- u. Curl. Urkundenbuch I. № 18. -- Названіе Kistenpfand по аналогіи распространено на залогъ недвижимости, переходящей въ обладаніе кредитотора. Ср. напр. Schumacher, Das bremische Kistenpfandrecht am liegenden Gut въ Brem. Jahrbuch, I, стр. 200 сл.

2) Рядомъ съ этой сдѣлкой, заключаемой въ средніе вѣка въ видѣ Nothbodmerei — т. е. займа, вызваннаго неожиданнымъ событіемъ во время плаванія — можно отмѣтить обыкновенную ипотеку корабля въ гавани отправленія, при которой кредиторъ также не получаетъ владѣнія и имѣетъ тѣмъ не менѣе преимущественное право на удовлетвореніе. См. Любекское право у Hach, II. 147, и приведенную у Neumann, Geschichte des Wuchers, стр. 197 прим. 4, выписку изъ Danziger Schöffenbuch 1502 г.

3) Любекское право, II 146. — Ср. еще Aeltestes Rig. Schuldbuch въ Liv-, Esth.- u. Curl. Urkundenbuch III 1044 b № 54 (1287). Johannes de Wedenrode tenetur domino Volquino de Ostenchusen II marc. pro una lasta avene ad sata eadem quoque sata sibi pro dicta pecunia obligavit, nec idem Johannes aliquid de ipsis alienabit satis, nisi prius dicta domino Volquino pecunia fuerit persoluta.

4) Иногда пользованіе вещью предоставляется должнику на основаніи договора найма, заключеннаго съ кредиторомъ; ср. Франкфурт.

Мы видѣли выше, что залогъ, связанный съ обладаніемъ, не давалъ ео ipso право оставлять за собой вещь въ видѣ собственности, по просрочкѣ долга. Но тѣмъ не менѣе въ дошедшихъ до насъ актахъ обязательность продажи при такомъ залогѣ явленіе сравнительно рѣдкое, тогда какъ наоборотъ при залогѣ безъ передачи владѣнія она преобладаетъ. Однако нельзя согласиться съ Meibom'омъ [1]), когда онъ выставляетъ какъ общее правило, что второй типъ Satzung недопускаетъ непосредственнаго присвоенія со стороны кредитора. Мы встрѣчаемъ въ актахъ прямыя указанія на допустимость этого образа дѣйствія [2]). Отсутствіе ео ipso еще не придаетъ залоговому праву специфическаго характера и если при такой Satzung въ большинствѣ случаевъ залогодержатель не имѣетъ самъ воздѣйствія на вещь, а долженъ обратиться къ содѣйствію суда, то это еще не предрѣшаетъ вопроса о юридической природѣ его права [3]).

И Meibom [4]) именно для углубленія пропасти, которая, по его мнѣнію, должна раздѣлять Satzung какъ мѣновую сдѣлку отъ Satzung въ видѣ установленія будущаго права взысканія, старается доказать, что вторая не даетъ кредитору вещнаго права. Нужно прежде всего замѣтить, что

Schöffengerichtsordnung XV вѣка, п. 13 (нап. у Thomas, Der Oberhof zu Frankfurt. 1841 стр. 257): Item wer farnde habe vur schuld versetzen sal oder wil, der sol is vur ein Richter tun und die wider lyhen umb wochenzins.— Ср. еще Pauli, Abhandlungen IV стр. 141 и его же Lübische Zustände III 9.

1) Pfandrecht, стр. 433.

2) Ennen und Eckertz, Quellen zur Geschichte der Stadt Köln, II, № 12 (an. 1204): si tunc non solverint, hartmannus et uxor eius inmittantur pro proprietate.

3) Ср. Weber, Deutsches Hypothekenrecht, стр. 87.

4) Pfandrecht, стр. 433.

понятія о вещныхъ и личныхъ правахъ принадлежатъ къ области романистики и, что не всегда удобно примѣнять ихъ къ институтамъ ново-европейскаго права. Объ этомъ будетъ рѣчь ниже. Здѣсь слѣдуетъ указать, что правомочія кредитора, когда они не соединены съ владѣніемъ, въ сущности не отличаются отъ тѣхъ правъ, которымъ романисты придаютъ названіе вещныхъ. Несомнѣнно, что и въ данномъ случаѣ право кредитора даетъ ему тѣ же самыя преимущества, которыя онъ получилъ бы при непосредственной передачѣ вещи въ залогъ, и нѣтъ основанія отождествлять это право съ простымъ требованіемъ личнаго характера. Мы и видимъ по этому поводу, что источники уже въ XIV вѣкѣ [1]) сознаютъ характеръ правомочія залогодержателя, называя его „Gewere“, несмотря на то, что вещь остается у должника; этимъ они хотятъ сказать, что кредиторъ имѣетъ — по крайней мѣрѣ юридически — непосредственное отношеніе къ вещи и это обнаруживается въ тѣхъ случаяхъ, когда по просрочкѣ долга вещь оказывается уже проданной должникомъ третьему лицу; кредиторъ можетъ тогда отнять ее у послѣдняго [2]). Противъ

---

1) Рѣшающее значеніе сохраняетъ — несмотря на возраженіе Meibom'a, стр. 437 сл. — вышецитированное мѣсто изъ Magd. Fragen I, 6. 6. Магдебургскимъ Шеффенамъ былъ заданъ вопросъ слѣдующаго содержанія: Eyn man versetzt eyme andern seyn erbe vor gehegten dinge unde das wirt vorgesigelt mit der scheppin brive vorschribin: welcher des selbin erbis besser gewere hette, der deme is vorsaczt und vorbriffet ist, adir yener, der is seczte, ab her nur wol blebe in dem erbe. Und ab desir syner besaczunge obir recht gehalden hat, und denne is vorkouffen wolle, unde man yn von rechtes halbin doryn gewisen moge, unde sich der ander werit und doch nicht loszen wil, waz do izwuschen recht sey. — И на это послѣдовало вышеприведенное рѣшеніе: Wirt eyme eyn erbe vor gerichte gesaczt, der hat eyne rechte gewere doran, unde man sol yn von rechtis weyn doryn wiszen. Ср. Heusler, Institutionen II, стр. 146.

2) Это вытекаетъ изъ словъ Rechtsbuch nach Distinctionen I, 46. 2:

этого абсолютнаго характера залоговаго права не говорятъ часто повторяющіяся постановленія источниковъ, воспрещающія должнику отчужденіе заложенной вещи [1]). Здѣсь, такъ сказать, переходная ступень между двумя типами Satzung: должникъ удерживаетъ владѣніе, но изъ осторожности ему воспрещается отчуждать вещь съ тѣмъ, чтобы облегчить положеніе кредитора, которому пришлось бы отыскивать ее у третьяго лица. Но если такое отчужденіе все-таки будетъ совершено собственникомъ, то залогодержатель этимъ не лишается своего обезпеченія [2]) и имѣетъ то, что французское право называетъ droit de suite. Это ограниченіе права распоряженія встрѣчается въ нѣкоторыхъ территоріяхъ, въ Любекѣ [3]) напр., въ болѣе смягченной

Vorkouft eyner erblich gud adder eyn ander gut das vormals vorkummert ist (vorkummern = налагать арестъ) heyscht man is von deme der es verkoufft hat, dass he daz entwere, dass sol her thun volkomelich. Изъ этого между прочимъ нужно вывести, что принципъ, выставленный въ предыдущемъ примѣчаніи, относится къ болѣе раннему періоду, такъ какъ этотъ Rechtsbuch принадлежитъ къ срединѣ XIV вѣка; магдебургской сборникъ же былъ вѣроятно составленъ въ послѣднее десятилѣтіе XIV вѣка.

1) См. напр. Goslaer Statuten (XIII вѣка) по изд. Göschen, стр. 24 п. 29; Burgdorfer Stadtrecht 1316 г. (у Gaupp, Deutsche Stadtrechte II, стр. 140) § 184. См. еще Codicillus jurium civit. Megapolensium (изд. Böhlau въ Zeitschrift f. Rechtsgeschichte X, стр. 131) VI, Von Verpfändung liegender Güter; ср. также актъ 1290 г. въ Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins IX, стр. 291 и приведенные у Fabricius, Stralsunder Stadtbuch, №№ 5 и 23.

2) Magd. Breslauer Syst. Schöffenrecht IV. 2. 51.

3) См. рѣшеніе любекскаго суда по поводу ревельскаго дѣла 1467 г. у Michelsen, Der Oberhof zu Lübeck, № 29. Болѣе ранніе слѣды у Pauli, Abhandlungen IV, Urk. B. № 16. 52. Такое же право имѣлъ рентопокупатель, см. Pauli, l. c. стр. 70. Интересно отмѣтить непониманіе этого явленія со стороны составителей статутовъ 1586 г., которые даютъ рентопокупателю не право выкупа, а Beispruchsrecht съ разрывающей силой III, 6, § 9: Würde jemand sein Haus in welchem er Rente hat ohne des Rentners willen verkaufen, so ist der Kauff nicht allein von keinen Würden, sondern der Verkäuffer ist darüber auch in des Rades Straffe gefallen . .

формѣ: кредиторъ не можетъ запретить отчужденіе, но онъ все-таки считается стоящимъ ближе къ вещи, чѣмъ любой покупатель, такъ что ему дается преимущественное право покупки и также право выкупа или Näherrecht, если заложенная вещь не будетъ ему предварительно предложена.

Интересно, что впослѣдствіи [1]), не смотря на то, что абсолютный характеръ права кредитора былъ принципіально высказанъ нѣкоторыми сборниками, мы тѣмъ не менѣе даже въ началѣ XVI столѣтія встрѣчаемъ статуты [2]), гдѣ должникъ по прежнему ограничивается въ правѣ распоряженія въ томъ смыслѣ, что для втораго заклада въ руки новаго кредитора онъ обязанъ предупредить послѣдняго о существованіи перваго залога. Эта мѣра, какъ видно, вызвана рецепціей римскихъ негласныхъ ипотекъ, но она конечно не въ состояніи была устранить пагубныя послѣдствія новыхъ вліяній.

Доказательствомъ, что Satzung безъ владѣнія давала кредитору больше, чѣмъ личное требованіе, служитъ еще положеніе, занимаемое ею въ конкурсѣ: при наличности множественности кредиторовъ съ требованіями, не обез-

---

Интересно, что впослѣдствіи обычай придалъ это право также залогодержателю. См. Rehme, Das lüb. Oberstadtbuch (1895) Urk. № 429. По всему вѣроятію эта практика проникла также въ Ревель, чѣмъ и можетъ объясниться ст. 1596 III ч. Свода остзейскихъ губ., впрочемъ отмѣненная въ прод. 1890 г.

1) См. городское право Клеве XV вѣка (нап. у Schröder'a въ Zeitschrift f. Rechtsgeschichte X, стр. 233 сл.), Tit. 112 § 18: Wurdt eenich pant vercocht sonder oerloff der geenen den dat gesat end verbonden is, soe geet dat pandt also vercocht totten coeper mit alsulken gewicht end boirden als dat besweerdt is, end die vercopinge der pande en is niet hinderlick den gelover.

2) Ср. der Stadt Nurmberg verneute Reformation (1564), tit. XX § 3; Nuwe Stadtrechten und Statuten der loblichen Stadt Fryburg in Prysgow (1520) II, tit. 8 § 7.

печенными залоговымъ правомъ, мы видимъ, что въ Любекѣ напр. они всѣ получаютъ только процентное удовлетвореніе [1]), тогда какъ залогодержатель въ томъ же ганзейскомъ городѣ [2]), не смотря на конкурренцію другихъ кредиторовъ, получаетъ исключительное удовлетвореніе изъ заложенной вещи. Это достаточно выясняетъ, что Satzung безъ передачи вещи по своимъ послѣдствіямъ равняется первому типу залоговой сдѣлки.

Теперь нужно разсмотрѣть здѣсь вопросъ объ объемѣ отвѣтственности должника, когда заложенная имъ вещь остается до просрочки въ его рукахъ. По этому поводу встрѣчаются въ литературѣ два противоположныхъ мнѣнія Meibom'a [3]) и Colberg'a [4]). Первый предполагаетъ, что отличительной чертой этой Satzung является отвѣтственность залогодателя не только одной заложенной вещью, но и всѣмъ имуществомъ, и въ этомъ онъ усматриваетъ чуть ли не главную отличительную черту Satzung um Schuld — какъ предварительнаго указанія объектовъ будущаго удовлетворенія въ исполнительномъ процессѣ [5]). Colberg наоборотъ считаетъ, что при Satzung втораго образца, какъ и при

---

1) Любекское право (изд. Hach) II, 149. 183. III, 36. 86. 199.

2) См. рѣшеніе 1480 г. у Michelsen, l. c., № 123.

3) Pfandrecht, стр. 424 сл.

4) Ueber die Bedeutung des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuches (1877), стр. 59.

5) Еще въ 1860 г. въ своей статьѣ Realschulden u. Reallasten (Jahrbuch d. gem. deutschen Rechts IV, 451) онъ стоялъ на другой точкѣ и не усматривалъ принципіальнаго контраста въ положеніяхъ, занимаемыхъ должникомъ при Satzung съ передачей владѣнія и при Satzung безъ передачи онаго. При этомъ нужно замѣтить, что проведеніе такого контраста на самомъ дѣлѣ иногда въ высшей степени затруднительно, въ виду того германская жизнь знаетъ случаи, гдѣ Satzung носитъ неопредѣленный характеръ даже съ внѣшней стороны: вещь, переданная

Satzung, связанной съ передачей владѣнія, заложенная вещь исчерпываетъ кругъ предметовъ, подлежащихъ взысканію кредитора, заручившагося вещнымъ обезпеченіемъ. Можно несомнѣнно указать на мѣста, говорящія въ пользу взгляда Meibom'a; его главной опорой служатъ Rechtsbuch nach Distinctionen [1]) (называемый также Vermehrter Sachsenspiegel) и Статуты города Фрейберга [2]), которые признаютъ, что въ случаѣ недостаточности заложенной вещи, обнаружившейся послѣ продажи, должникъ обязанъ допустить кредитора къ добавочному удовлетворенію изъ остальнаго имущества. Но нѣтъ основанія давать этимъ мѣстамъ абсолютное значеніе въ смыслѣ общаго правила, отражающаго правовыя воззрѣнія всѣхъ германскихъ территорій, хотя съ другой стороны Puntschart [3]) идетъ слишкомъ далеко, когда полагаетъ, что въ этихъ памятникахъ указанныя постановленія относятся только къ тѣмъ залоговымъ сдѣлкамъ, при которыхъ стороны оговорили такую расширенную отвѣтственность. Эти оговорки сами по себѣ не могутъ дать прямаго отвѣта на этотъ вопросъ [4]), не смотря на то, что мы ихъ встрѣчаемъ въ большомъ количествѣ особенно

кредитору, сдается въ аренду должнику. См. Schuhmacher, Das bremische Kistenpfandrecht am liegenden Gut, Brem. Jahrbuch I стр. 220.

1) III. 14. 1 . . . Gilt es (залогъ) mynner, so sal man ome wedder helfen.

2) См. выше стр. 55 прим. 3. Сюда нельзя отнести (по примѣру Meibom'a, Meckl. Nur. § 1) § 25 Шверинскаго городскаго права, напечат. у Böhlau, Zeitschrift f. Rechtsgeschichte IX 285, гдѣ повидимому идетъ рѣчь объ обезпеченіи иска въ судѣ.

3) Schuldvertrag und Treugelöbniss, стр. 252.

4) Такъ что Bunge (Das Herzogthum Estland unter den Königen von Dänemark (1877) стр. 272) врядъ ли имѣетъ достаточное основаніе предполагать личную отвѣтственность закладодателя въ Ревелѣ въ теченіе XIV столѣтія на основаніи сдѣлокъ, устанавливающихъ въ пользу кредитора добавочное взысканіе. См. напр. Liv-, Est- und Curl. Urkundenbuch II 934 Inscript. aus dem Oberstadtbuch des Revalschen Raths № 78 (an. 1330).

въ актахъ сѣверной Германіи — Мекленбурга [1]), Штральзунда [2]), Любека [3]). Для послѣдняго города законодательныя памятники XIV вѣка прямо постановляли, что залогодержатель не имѣетъ личнаго иска противъ закладчика [4]). Такой же вглядъ по поводу недостаточности или гибели заложенной вещи встрѣчается также въ средневѣковыхъ статутахъ Зеста [5]), Штаде [6]), Люнебурга [7]), Медебаха [8]) и

---

1) Однимъ изъ древнѣйшихъ образцовъ такихъ сдѣлокъ можетъ послужить Ростокская сдѣлка 1266 г., Mecklenb. Urkundenbuch IV, № 2690.

2) См. акты, приведенные у Fabricius, l. c. стр. 275 — stat pro defectu, supplebit defectum; а также въ Zweite Stralsund. Stadtbuch (изд. Reuter, 1896) 1310—1342, № 149 и др.

3) См. привед. мѣста у Pauli, Abhandlungen IV, стр. 145 и у него же Lüb. Zustände I, стр. 129: отвѣтственность „vor borst unde brake".

4) Ср. Lüb. Bursprake XIV вѣка (напечат. у Dreyer, Einleitung zur Kenntniss der lüb. Verordnungen, 1769, стр. 591) § 37: Heft einer ein Pant van einem Schuldner de moet den Schuldner nicht verfolgen. Далѣе однако говорится: sunder de Schulde mögten so grot syn dat de Schuldner umme der Schult willen möchte wickhaftig werden. Очевидно при несостоятельности каждый кредиторъ могъ въ интересахъ всѣхъ остальныхъ кредиторовъ требовать личнаго ареста должника. Яснѣе высказываетъ ограниченную отвѣтственность закладодателя Любекскій списокъ Гамбургскаго права (у Hach, Das alte lübische Recht III) § 255, появленіе котораго въ Любекѣ можетъ быть отнесено къ концу XIV вѣка.

5) Stat. Susat. (XIII в.) § 31 (у Gengler, Deutsche Stadtrechte): Item si qui domum suam vel quaelibet edificia in pignore dederit et illa igne vel alio casu perierint, si nolet is, cuius edifficia, restituere alia, et haec erunt ut ante pignus creditoris; quod si non vult, relinquet creditori reliquas incendii vel ruinas et fundum pro pignore. Sic creditor nil amplius potest petere. Ср. также Soester Schrae, cap. 147 (нап. у Seibertz, Urkundenbuch zur Rechtsgeschichte Westphalens, II).

6) Нап. у Pufendorf, Observationes juris I, стр. 174 — I. 10 . . . undo untbrecht ome wat — schate sin (кредитора).

7) Конца XIII в. — по изд. Kraut, Das alte Stadtrecht von Lüneburg. стр. 54 ст. LX: Weret dat en man dede gheld uppe en erve, und were vort in dem erve to hure umme bescheden peningo, brende da erve van unghelucke van sinem vure, dat gheld, dat he hedde uppe dat erve ghe dan, schall he in der word behalden.

8) Privilegium для Medebach'a 1165 г. (у Gengler, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters, стр. 283) § 13: Si domum suam aliquis et curtim in vadio posuit uni civ um suorum si domus et alia edificia combusta fuerint,

Гамбурга [1]) 1270 г., гдѣ, рядомъ съ обязанностью для кредитора выдавать hyperocha, въ случаѣ недочета нѣтъ личной отвѣтственности должника всѣмъ имуществомъ. Такимъ образомъ принципъ, выставленный Meibom'омъ, отнюдь нельзя считать господствующимъ въ средневѣковой Германіи. Осторожнѣе будетъ высказаться въ томъ смыслѣ, что при Satzung безъ передачи владѣнія — какъ и при Satzung связанной съ оной — обязательность продажи залога (Distractionspfand) не означаетъ еще, что кредиторъ можетъ обратить взысканіе на остальное имущество должника, хотя въ нѣкоторыхъ сборникахъ и замѣчается это явленіе, помимо романистическихъ вліяній.

Любопытно прослѣдить въ памятникахъ одной и той же территоріи постепенную замѣну древне-германскаго принципа новымъ воззрѣніемъ. Такъ напр. вслѣдъ за Гамбургскими статутами 1270 г., установившими, что залогодатель въ случаѣ недостаточности залога остальнымъ имуществомъ не отвѣчаетъ, появились вскорѣ [въ 1292 г.] [2]) новые списки городскаго права съ противоположнымъ принципомъ, который потомъ повторялся въ статутахъ 1497 г.[3]). Послѣдніе въ этой области впрочемъ не отличаются большой послѣдовательностью, такъ какъ они рядомъ съ не-

---

si ille domum redificare poterit vadimonium illius erit, qui ei pecuniam suam praestiterat, sicut ante fuit; si vero domum suam redificare non voluerit quod remansit de igne cum possessione det illi cujus vadimonium prius fuerat et sic se absolvat; creditor postea quantumcunque debiti superest nihil amplius ab eo extorquere secundum nostram justiciam possit.

1) Lappenberg, Hamb. Rechtsalterthümer I, 14: Unde wert eme wat dar over, dat schal he eme wedderkeren deme dat Gut ofte dat erve to horet. Un breke eme ok wat de schade ist syn.

2) Lappenberg l. c. C. X. Untbreke eme och wat, dhat scal eme dhe voldon, des das goet oder dat erve was.

3) Lappenberg, H. 9. То же самое въ статутахъ 1610 г. (II 42 § 3).

ограниченной отвѣтственностью должника въ случаѣ недоимки постановляютъ, что уничтоженіе заложенной вещи прекращаетъ требованіе залогодержателя [1]). Такія же колебанія можно отмѣтить и въ практикѣ гамбургскихъ судовъ [2]).

Въ связи съ этимъ поворотомъ гамбургскаго права должно быть отмѣчено тождественное явленіе въ Ригѣ, гдѣ статуты ганзейской метрополіи, полученные послѣ возникновенія ихъ на берегахъ Эльбы въ 1270 г., стояли еще на точкѣ зрѣнія германской ограниченной отвѣтственности [3]), тогда какъ въ началѣ XIV вѣка замѣнившіе ихъ т. н. переработанные Статуты уже отрицаютъ поглощеніе личнаго иска вещнымъ обезпеченіемъ [4]).

Въ Любекѣ прежній взглядъ — по крайней мѣрѣ по отношенію къ недвижимостямъ [5]) — продержался дольше,

---

1) Lappenberg L. 10: he vorluset aner syn gelt das yd eme vore steyt, ere vorworde syn anders.

2) Ст. 15, тит. 33 Gerichtsordnung 1711 г. давала кредитору право выбора между личнымъ и вещнымъ искомъ, но послѣ неуспѣшности одного изъ нихъ онъ уже не могъ обратиться къ другому. См. Baumeister, Hamb. Privatrecht I § 25 п. 33.

3) Napiersky. Die Quellen des Rigaschen Stadtrechts (1876) I § 16: Unde wert eme wat over, dat sal he eme wedderkeren deme dat got este dat erve horde, unde umbrecket eme vat, de scade is sin.

4) Napiersky l. c. IV 5 § 5. Unde wert eme wat over dat sal men deme wederkeren, dem dat erve tho behorde, unde enbrecket eme wat, dat sal he vorderen uppe sinen scüldemere. Но трудно сказать, до какой степени это новое ученіе быстро привилось въ Ригѣ; акты XIV вѣка, въ которыхъ оговаривается личная отвѣтственность, скорѣе говорятъ въ пользу удержанія стараго принципа. Другого мнѣнія Hildebrand, Das rigische Schuldbuch (1872) на основаніи №№ 284 и 308. Изъ послѣдняго акта впрочемъ не вытекаетъ установленіе дополнительнаго взысканія.

5) Для движимаго имущества нельзя упустить изъ виду Lüb. Bursprache XV вѣка § 36 (Dreyer Einleitung) Hefft einer ein Pant, de mach dat upbeden laten mit Gerichte . . . Ist ok dat Pant so güet nicht so gifft eme Ordel und Recht, dat he mach mere Pande nhaa halen und varen damit wo Recht ist.

чѣмъ въ Гамбургѣ. Ограниченная отвѣтственность залогодателя признается еще судебнымъ рѣшеніемъ XV вѣка [1]). Переработанные Статуты конца XVI вѣка ее, какъ видно, не отмѣнили [2]) и есть основаніе предполагать, что объективное право перешло на римскую точку зрѣнія лишь въ теченіе XVII столѣтія [3]). Однако слѣды германскаго правосознанія сохранились въ населеніи Любека вплоть до XIX вѣка; это вытекаетъ по крайней мѣрѣ изъ постановленія магистрата 1816 г., напоминающаго тяжущимся залогодателямъ, что оставленіе заложенной вещи не можетъ освободить ихъ отъ дальнѣйшихъ исковъ [4]). Основательность вчинанія послѣднихъ со стороны залогодержателей была впрочемъ еще разъ подтверждена любекскимъ закономъ 1848 г.[5]), изъ чего можно вывести, что практика еще колебалась.

---

1) См. Pauli, Lüb. Zustände III. Urkundenbuch № 21, актъ 1486 г.: na deme Tyle vor so dane CXX mr. inholt der vorberorden scrylft pande hadde, so moste he sik an de pande holden unde Haus (остальное имущество залогодателя) dörfte dar vörder nicht to antwerden. Stobbe, Deutsches Privatrecht (3-е изд.) § 164, прим. 29, видитъ здѣсь только excussio realis; но несомнѣнно, что слово „vörder" здѣсь означаетъ weiter, болѣе, т. е. что § 13 отрицаетъ дальнѣйшую отвѣтственность должника.

2) Lib. V 6 § 2 относятся къ executio и не были въ виду этого правильно поняты Delbrück'омъ въ Zeitschrift f. deutsches Recht XV стр. 133.

3) О значеніи, которое имѣло въ этомъ направленіи Gerichtsordnung 1631 г. см. Pauli, Abhandlungen IV стр. 118 и 145 и его-же Lüb. Zust. III 10.

4) См. постановленіе Любекскаго магистрата 26 августа 1816 г. (отпечат. у Pauli, Abhandlungen IV стр. 125 прим. 325) . . . hat E. H. Rath den Herren des Gerichts aufgetragen zur Verminderung der vielfältigen Subhastationsprocesse, welchen manche Hauseigenthümer aus bösem Vorsatz oder aus Leichtsinn oft deshalb nur sich hingeben, um von den ihnen lästigen Grundstücken vermeintlich ohne alle weitere persönliche Verantwortlichkeit sich loszumachen . . . den Niedergerichtsprocuratoren zu erkennen zu geben, wie Senatus wünsche, dass sie in patriotischer Beherzigung jener Unzuträglichkeiten die persönlichen Klagen auf rückständigen Pfandzinsen . . . . wählen, mithin die . . . . Pfandinhaber dazu stimmen, von den dinglichen Pfandzinsenklagen thunlichst abmahnen mögen.

5) Распоряженіе 25 марта 1848 г. § 1 (отп. у Pauli l. c. IV стр. 126): Für alle in einem öffentlichen Hypothekenbuche protocollirten Schulden . . .

Въ общемъ можно конечно сказать, что съ конца XVI и въ теченіе XVII вѣка изъ Германіи вытѣсняется понятіе о вещномъ обезпеченіи, какъ объ моментѣ, уничтожающемъ личную отвѣтственность. Съ этого времени [1]) земскіе и городскіе памятники воспроизводятъ римское ученіе по данному вопросу, хотя и помимо Любека можно найти еще территоріи [2]), гдѣ сохранились слѣды стараго порядка [3]). Особое мѣсто занимаетъ въ этомъ отношеніи Данцигъ, гдѣ съ XVI [4]) столѣтія до самихъ послѣднихъ лѣтъ XVIII [5]) вѣка удержалась ограниченная отвѣтственность залогодателя. Съ установленіемъ залоговаго права связано предоставленіе кредитору права не на всю стоимость заложенной вещи, а только на ту часть, которая

---

sie bestehen in Pfandgeldern . . . ob worin sonst, haftet derjenige, auf dessen Namen das Grundstück geschrieben ist, in der Regel persönlich.

1) См. напр. Würtembergisches Landrecht 1610 г. II, Tit. 7; Frankfurter erneuerte Reformation 1578 г. II Tit. 17 § 8: So aber der Schuldmann ... die Bezahlung nicht biete . . . . so sol dem Glaubiger frey bevorstehen, entweder Actione personali gegen den Schuldmann auff die Schuldt, oder aber actione reali auff die Pfande zu klagen . . § 13 . . . . dann ein jede Pfandschaft nur ein Accessorium und anhang ist eines. . . . Contracts.

2) См. Lüneburger Niedergerichtsordnung XVI вѣка (у Pufendorf Observationes juris III, стр. 962): gebricht ihm etwas daran, er soll es wissen, es were dann dass ihme seine volle Bezahlung gelobt und zugesagt worden.

3) Любопытны эти слѣды въ народномъ обычаѣ; см. Der Stadt Worms Reformat. (1561) V 3 tit. II § 1. Wir setzen und wollen ob einich unserer Burger . . . . pfand auffneme von seinem Schuldner und solche pfand nit genugsam für die Schuld, darumb sie gegeben weren, das soll dem, der pfand aufgenommen hette, unvergrifflich und nit nachteilig sein, und mag derselbe umb sein vollkommene Sum klag fürnemmen, und wider den Schuldner erfolgen, soviel ihm über dem wardt des pfands noch man gelte, oder unvernügt ausstünde — unverhindert eynichs ausszugs gewohnheit, herkommen oder anders so darwider fürgezogen möcht werden.

4) Willkür 1597 г. II c. 2 art. 7, прив. у Stobbe Krit. Viert. IX, стр. 309.

5) См. Strombeck, Statutarrechte der Stadt Danzig, III стр. 93.

соотвѣтствуетъ размѣру требованія, такъ что должникъ имѣетъ безусловное право на hyperocha. Статуты 1761 г. (Neu revidirte Willkühr der Stadt Danzig), ч. II гл. 2 § 14 постановляютъ: „. . . wann aber aus dem angerufenen Pfande „mehr geld einkommen sollte, als das darauf gegebene Capital... „so wird der Ueberschuss dem Schuldner zu gute kommen". Но тѣмъ не менѣе въ случаѣ неудачной продажи дефицитъ ложится на кредитора, ч. II гл. 2 § 8: „So wie bei „Bestätigung der Gelder auf liegende Gründe des Creditoris „Absicht nicht sowohl auf des Debitoris Person, als vielmehr „auf das Pfand gerichtet ist; also kann nach Vorschrift der „Pfandes-Gerechtigkeit, kein Creditor, der sein Geld auf ein Erbe „jure hypothecae hat verschreiben lassen, sich an des Debitoris „Person oder anderweitige Güter desselben wegen seines ver-„sicherten Geldes halten oder bezahlet zu machen, sondern ist „lediglich an sein Pfand gebunden, aus demselben sich bezahlt „zu machen". — То, что законодатель XVIII вѣка называетъ „Pfandesgerechtigkeit", въ сущности ничто иное, какъ древнегерманское воззрѣніе, сохранившееся здѣсь какъ одинокій утесъ среди широкаго моря романистики.

Въ связи съ этими остатками Satzung, пережившими рецепцію иноземнаго права, нельзя не упомянуть объ одномъ явленіи въ юридической жизни Германіи прошлаго и нынѣшняго столѣтій, которое можетъ найти свое объясненіе только во взглядахъ предыдущаго періода, возникшихъ на почвѣ національнаго правосознанія. Мы видимъ, что въ Гамбургѣ [1]), а впослѣдствіи также въ Лю-

1) См. Delbrück, Die Uebernahme fremder Schuld nach lüb. und hamb. Recht въ Zeitschrift f. deutsches Recht XV, стр. 129 сл., Baumeister, Hamb. Privatrecht I, стр. 182.

бекѣ[1]) при переходѣ заложенной вещи изъ рукъ должника въ руки новаго пріобрѣтателя, послѣдній отвѣчаетъ передъ кредиторомъ на такихъ же основаніяхъ, какъ отвѣчалъ до отчужденія должникъ; это значитъ, что онъ не только обязанъ допустить взысканіе кредитора противъ даннаго предмета, но что онъ кромѣ того подлежитъ отвѣтственности всѣмъ своимъ имуществамъ точно также, какъ контрагентъ залогодержателя, при чемъ послѣдній освобождается отъ своего обязательства въ силу самаго отчужденія недвижимости.

Такое вступленіе новаго должника въ правоотношеніе, вслѣдствіе передачи обезпечивающей вещи, крайне удивило бы римскихъ юристовъ и врядъ ли можетъ быть приписано ихъ вліянію. Здѣсь, не смотря на рецепцію римской параллельности двухъ исковъ — личнаго и вещнаго, несомнѣнно отражаются слѣды прежняго порядка [2]). И въ прежнее время должникъ, отчуждая заложенную вещь, оставленную въ его рукахъ, выбывалъ изъ обязательства, но это вытекало изъ особаго характера этого долга: взысканіе кредитора было тогда сосредоточено на заложенной вещи и выходъ этой вещи изъ имущества должника пресѣкалъ всякую связь между нимъ и кредиторомъ. При этомъ долговой моментъ переносился на пріобрѣтателя, который также могъ, какъ и закладчикъ, освободиться отъ иска посредствомъ

---

1) См. § 1 вышеприведеннаго закона 25 марта 1848 г. § 1 . . . haftet der Eigenthümer persönlich ohne Unterschied ob die Belastung während seines eigenen pfandbuchmässigen Besitzes eingetragen worden ist, oder schon vorher". См. также § 5 . . . „dass bei protocollirten Capitalien die persönliche Haftungspflicht unter Befreiung des früheren Eigners, durch die Umschrift des Grundstücks auf den neuen Eigner übertragen wird."

2) Это ускользнуло отъ вниманія Delbrück'a въ Zeitschrift f. deutsches Recht XV, стр. 132.

уступки вещи[1]). Когда впослѣдствіи отвѣтственность залогодателя расширилась, то обычное право Гамбурга и Любека тѣмъ не менѣе продолжало привлекать и новаго владѣльца къ обязательству изъ закладной, не смотря на то, что юридическій характеръ этого обязательства значительно измѣнился; а съ другой стороны, въ виду того, что у кредитора оказывался такимъ образомъ новый должникъ, было признано возможнымъ освободить первоначальнаго контрагента залогодержателя. Понятно, что такую личную отвѣтственность, которая способна въ любой моментъ перейти на новаго субъекта, вполнѣ неизвѣстнаго кредитору, врядъ ли можно считать вызванной потребностями оборота[2]); она скорѣе является резюльтатомъ неудачныхъ юридическихъ разсужденій.

Но даже въ тѣхъ территоріяхъ, гдѣ залогодатель не освобождался отъ установленнаго обязательства отчужденіемъ заложенной вещи, а съ другой стороны пріобрѣтатель послѣдней не вступалъ въ личную отвѣтственность, практика все-таки разсматривала этого новаго обладателя какъ субъекта обязаннаго — какъ должника; вслѣдствіе чего взысканіе, направляемое противъ третьяго владѣльца заложенной вещи, распадалось на два момента; въ исковомъ прошеніи своемъ залогодержатель выставлялъ на первомъ планѣ требованіе объ уплатѣ долговой суммы, а на случай неисполненія — требованіе о выдачѣ ему залога. Подоб-

---

1) Въ Гамбургѣ достаточно было даже безмолвнаго признанія новаго должника со стороны кредитора. См. Delbrück l. c. стр. 142. — Въ Любекѣ § 7 вышеупомянутаго закона требовалъ „unzweideutige Erklärung".

2) См. въ этомъ смыслѣ интересное судебное рѣшеніе 28 ноября 1832, приведенное у Gries, Commentar zum hamb. Stadtrecht I, стр. 73 прим.

ныя альтернативныя petita встрѣчаются въ Германіи съ XVII столѣтія [1]) до средины нынѣшняго [2]). И въ этой формулировкѣ можно видѣть не слѣды римскаго [3]) вліянія, а наоборотъ остатки прежняго положенія, когда между отвѣтственностью закладчика и отвѣтственностью его преемника по залогу принципіальной разницы не было, такъ какъ оба они были обязаны только допустить залогодержателя къ удовлетворенію изъ заложенной вещи, уступка которой освобождала того и другого. Рецепція римскихъ началъ провела между ними грань; практика же по прежнему подводила обязанности обоихъ подъ общее понятіе о долговомъ моментѣ.

Параллельно съ разсмотрѣніемъ значенія, которое присваивалось вещному обезпеченію въ германскомъ мірѣ, не безполезно будетъ остановиться на отвѣтственности должника по двумъ другимъ кредитнымъ сдѣлкамъ, весьма распространеннымъ въ средніе вѣка и замѣнявшимъ тогда до извѣстной степени современную ипотеку на недвижимость и на движимость, — по договору о рентѣ и бодмереѣ. Давно [4]) уже оставлено предположеніе, что рента обязана своимъ происхожденіемъ тѣми запрещеніями, которыми западная церковь обставляла процентность заемныхъ обязательствъ [5]). Мы здѣсь имѣемъ дѣло наоборотъ

---

1) См. напр. Carpzow, Jurisprud. forensis I, 2, Def. 9.

2) См. Glück, Erläuterung z. d. Pandecten XVIII, стр. 337. Roth, Deutsches Privatrecht, III, стр. 518 сл.

3) Отчасти имѣло здѣсь вліяніе въ этомъ направленіи и каноническое право, c. 5 X 3. 21.

4) См. уже Albrecht, Die Gewere, стр. 176. Ср. еще Stobbe, Zur Geschichte des Rentenkaufs, въ Zeitschrift f. deutsches Recht XIX, стр. 181 сл.

5) Канонисты неоднократно выступали противъ договора о рентѣ, какъ противъ скрытаго займа. См. напр. Fr. Hotman, Tract. de Usuris (1576) стр. 70 сл.

съ институтомъ, выросшимъ на почвѣ національнаго правосознанія: у германцевъ человѣкъ, обработывающій даже чужую землю, имѣлъ право на ея продукты [1]), которые считались, если можно такъ выразиться, продолженіемъ засѣяннаго имъ хлѣба. Но фактъ засѣянія чужаго участка конечно противорѣчилъ праву какого нибудь другого лица, имѣющаго на данный участокъ правомочія либо аллодіальнаго собственника, либо леннаго владычества. И вотъ признаніемъ такого права со стороны фактическаго обладателя участка является уплата опредѣленнаго ежегоднаго взноса или Zins'a, который по крайней мѣрѣ теоретически считается эквивалентомъ той стоимости, которую управомоченное лицо могло бы извлекать изъ недвижимости, если бы послѣдняя находилась въ его рукахъ [2]). Понятно, что лицу, имѣющему Ober-Eigenthum или dominum directum, было иногда очень выгодно отдавать недвижимости въ пользованіе другимъ лицамъ съ обязанностью для сихъ послѣднихъ ежегоднаго взноса наличными деньгами или продуктами [3]) Впослѣдствіи, когда денежное хозяйство расширилось, капиталисты стали покупать недвижимости у лицъ, нуждающихся въ деньгахъ, съ тѣмъ, чтобы возвратить потомъ послѣднимъ лишь dominium utile; и они такимъ образомъ находили для своихъ капиталовъ помѣщеніе, дающее

---

1) Wer säet, der mäht. Ср. Сакс. Зерцало II 58 § 2: des mannes sät, die he mit sime pfluge wirket, die ist verdienet, als die egede dar uber gêt. Этотъ принципъ отчасти сохранился въ современномъ остзейскомъ правѣ. Ст. 754 III ч. Свода мѣстныхъ узаконеній.

2) Ср. по этому поводу Friedlieb, Die Rechtstheorien der Reallasten, стр. 179, 216.

3) Ср. Neumann, Geschichte des Wuchers стр. 208 сл.; Endemann Die nat.-oeconom. Grundsätze der canonischen Lehre, стр. 54 сл.

имъ процентъ не особенно высокій, но гарантированный недвижимостью.

Отличительной чертой этой сдѣлки является отсутствіе въ ней срока; отдача вещи въ пользованіе предполагается окончательной и собственникъ лишенъ права отказаться отъ своего dominum directum для обратнаго полученія отданныхъ имъ денегъ. То же самое нужно сказать о дальнѣйшей формѣ рентнаго договора, при которой капиталистъ или рентопокупатель (Rentenkäufer) уже не прибѣгалъ къ пріобрѣтенію опредѣленнаго участка, а ограничивался тѣмъ, что выдавалъ собственнику онаго — или т. н. рентоотчуждателю (Rentenverkäufer) — извѣстную сумму, за которую онъ пріобрѣталъ право на извѣстный ежегодный взносъ. Здѣсь тѣмъ не менѣе остались слѣды предыдущаго развитія: рентопокупатель находится въ непосредственномъ отношеніи къ данной недвижимости [1]) въ томъ смыслѣ, что онъ имѣетъ право на часть ея плодовъ: это право осуществляется посредствомъ взысканія, направляемаго противъ отдѣльнаго обладателя вещи, при чемъ послѣдняя со своими плодами и съ самой субстанціей [2]) является единственнымъ объектомъ для удовлетворенія рентопокупателя, такъ что отказъ отъ нея немедленно освобождаетъ владѣльца отъ

---

1) Ср. древн. любекское право (Hach, Cod. II) 235 . . . ne wel auer he den thins nicht utrichten dejeme de den thins heuet, de scal sic dar an holden, dar he den thins inne heuet, und ne mach anders uppe nemande umme de sake vorderinge habben mer, darup dar he den thins inne heuet na unser stades rechte.

2) Ср. Гамбургскіе статуты 1270 г. II, 3: Unde gift he ene denne nicht, so steit it an deme des de tyns ist ofte her ene daraf driven will offte besetten laten. Городское право Бремена, Ord. 1433 г. № 15 у Oelrichs, Sammlung стр. 508: de rente scal men vorderen uppe den ghennen de in dem erve wonet also verne alse syn hure keret, de id huret hefft; breke eme dar wat an dat scal he vorderen up dat erwe.

дальнѣйшихъ обязанностей[1]). Полученіе ежегоднаго Zins'a исчерпываетъ правомочія покупателя ренты, которому принципіально воспрещено требовать возвращенія капитала[2]), тогда какъ обладателю недвижимости (въ большинствѣ территорій) разрѣшается путемъ уплаты всей лежащей на ней суммы выйти изъ обязательственныхъ отношеній[3]). Этотъ договоръ о рентѣ можно считать самой распространенной формой кредитныхъ сдѣлокъ въ средніе вѣка. Съ начала XVI столѣтія начинается вытѣсненіе этого института римской ипотекой[4]) и въ настоящее время онъ сохранился лишь мѣстами въ Германіи, какъ отжившее явленіе. Въ глазахъ юристовъ нашего столѣтія рента считалась нежелательной, главнымъ образомъ вслѣдствіе безсрочности установляемаго ею обязательства, такъ что законодательство отдѣльныхъ территорій старалось прекратить существующія

---

1) Ср. Baculus judicii XIV вѣка у Thomas, Der Oberhof zu Frankfurt, стр. 241: Item ob die der solich erbe gewest were, dass also verbrente sich ichts daran underzogen und in ire gewalt brechten nach dem brande und darafter sich des erbes gein den zinssluden meynten zu ussern; die zinsslude sint daz nit pflichtig uffzunehmen, sie haben es dann wider in buwe bracht, als gut, als es an sie quame ungeverlich oder yn sunst eynen willen machen. Freiberger Statuten (Schott, Sammlung deutscher Stadtrechte III, 159), c. 24. Ist ouch daz ein hus verburnet, das einen zinsmeister hat, der zinsman kume un spreche: Herre ich mac des hoverstadt nicht gebuwen un laze sie uch uf un werdet ledig . . . Древнее Кульмское право V, 74 (изд. Leman) domete sal her des czinses ledig seyn, unde der den czyns dorumme hat, der sol sich des erbis underwynden.

2) Ср. источники, приведенные у Stobbe въ Zeitschrift f. d. Recht, XIX стр. 213; изъ позднѣйшихъ см. Lüneburger Reformation XVI в. II. tit 8 (напечат. у Pufendorf, Observationes IV, стр. 668).

3) Можно однако указать на преобладаніе договора о рентѣ въ нѣкоторыхъ территоріяхъ XVI вѣка. См. относительно города Геттингена у Duncker'a, въ Zeitschrift f. deutsches Recht XI, стр. 474.

4) Въ XIX вѣкѣ въ Баваріи рента удержалась въ одномъ только Мюнхенѣ, какъ институтъ дѣйствующаго права. См. Roth, Bayrisches Civilrecht II, стр. 358. 370. Объ историческомъ развитіи мюнхенской ренты см. Auer, Das Stadtrecht von München, стр. CCLXXI.

еще рентныя отношенія путемъ выкупа при посредствѣ общественныхъ кредитныхъ учрежденій [1]). Однако въ новѣйшее время можно уже отмѣтить другое теченіе[2]), которое выразилось въ изданіи закона[3]), дающаго возможность установить новыя рентныя отношенія въ провинціяхъ Пруссіи; и среди юристовъ объединенной Германіи раздаются уже голоса въ пользу безсрочности земельнаго кредита, какъ одной изъ желательныхъ формъ вещнаго обезпеченія [4]). Multa renascentur, quae jam cecidere.

Намъ нужно еще остановиться на характерѣ отвѣтственности продавца ренты въ средніе вѣка. Послѣдній, получившій извѣстную сумму, обременяющую его недвижимость въ качествѣ Reallast, отвѣчалъ за уплату ежегодной опредѣленной ренты только этимъ участкомъ, именно потому, что недвижимость являлась основаніемъ выдачи денегъ; и при этомъ имѣлось въ виду здѣсь, какъ при первоначаль-

---

1) См. Hecht, Die staatlichen und provinziellen Bodencreditinstitute in Deutschland. I. II (1891).

2) Подъ безспорнымъ вліяніемъ Rodbertus Jagetzow'a, Zur Erklärung und Abhülfe des heutigen Credinoth des Grundbesitzes II стр. 1 сл.

3) Gesetz über Rentengüter 27 іюня 1890 г. § 1. Die eigenthümliche Uebertragung eines Grundstücks gegen Uebernahme einer festen Geldrente (Rentengut), deren Ablösbarkeit von der Zustimmung beider Theile abhängig gemacht wird, ist zulässig. Объ исторіи возникновенія этого закона, см. Waldhecker, Die preussischen Rentengutsgesetze nach Theorie u. Praxis (1894) стр. 6 сл. Ср. еще Ehüden, Die Rentengutsbildung in Preussen (1896).

4) См. Gierke, Die sozialen Aufgaben des Privatrechts (1889), стр. 23. Это движеніе въ пользу Rentenschuld повліяло, какъ видно, на составивителей втораго Entwurf'a (1108—1112) и въ XX столѣтіи этотъ институтъ будетъ принадлежать къ дѣйствующему праву объединенной Германіи. Bürgerliches Gesetzbuch § 1199: Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, dass in regelmässig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Rentenschuld). § 1201 . . . . Dem Gläubiger kann das Recht die Ablösung zu verlangen nicht eingeräumt werden.

ной формѣ ренты, что обладатель участка уплачиваетъ Zins изъ собираемыхъ имъ плодовъ.

При этомъ на обладателя обремененной недвижимости нельзя не смотрѣть какъ на должника уже потому, что онъ въ силу своего обладанія обязанъ совершать извѣстныя, повторяющіяся дѣйствія. И тотъ фактъ, что для него роль должника тѣсно связана съ обладаніемъ вещью и что онъ вслѣдствіе этого можетъ въ любой моментъ сложить съ себя всякую отвѣтственность простымъ оставленіемъ участка, не противорѣчитъ понятію объ обязательствѣ, по крайней мѣрѣ съ точки зрѣнія германскаго права. Но съ другой стороны искъ кредитора отличается здѣсь отъ простаго личнаго взысканія тѣмъ, что онъ даетъ управомоченному субъекту, при недостаточности плодовъ для покрытія недоимокъ, исключительное [1]) право на обращеніе самаго участка въ свое обладаніе. Все это вмѣстѣ взятое доказываетъ намъ, до какой степени близки другъ къ другу Satzung и договоръ о рентѣ [2]); а сходство это объясняется тождественностью цѣлей двухъ сдѣлокъ, между которыми только та разница, что при Rentenkauf кредиторъ не имѣлъ права требовать возвращенія капитала [3]) и онъ долженъ былъ ограничиваться взно-

1) См. приведенную у Neumann, Geschichte des Wuchers, стр. 231, Danziger Willkür — „der Pfennigzins soll für allem vorgehen," и источники, приведенные у Kohler'a, Forschungen стр. 58, п. 1.

2) Сходство это отрицаетъ Duncker, Die Reallasten, стр. 69, но безъ достаточнаго основанія. Ср. наоборотъ Weisl, Deutsches Pfandrecht bis zur Reception des röm. Rechtes (1881) стр. 54, который впрочемъ расположенъ отрицать національный характеръ института.

3) Для выраженія этой разницы Melbom (Jahrbuch f. d. deutsche Recht IV) предлагаетъ двойную терминологію: Realschuld и Reallast. Ср. по поводу этой статьи Mitteis, Die Individualisirung der Obligation (1886) стр. 35 сл.

сомъ, размѣръ котораго предполагался въ соотвѣтствіи съ доходностью этого имѣнія. Такое предположеніе, на которомъ была построена ограниченная отвѣтственность рентнаго должника, отражается въ буллѣ папы Пія V 1569 г. § 10: „Census omnes in futurum creandos non solum re in totum vel pro parte peremptа aut infructuosa in totum, vel pro parte volumus ad ratam perire, sed etiam posse pro eodem pretio extingui [1]).“ — Ограниченная отвѣтственность рентоотчуждателя въ томъ смыслѣ, что кредитору предоставлялся только опредѣленный участокъ и что должникъ уступкой онаго ограждалъ свою личную свободу и остальное имущество отъ воздѣйствія этого кредитора, выставляется въ цѣломъ рядѣ средневѣковыхъ памятниковъ [2]). Но ей здѣсь, какъ и при Satzung, пришлось имѣть дѣло съ натискомъ римской ипотеки, тѣмъ болѣе успѣшнымъ, что экономическое положеніе домовладѣльцевъ въ городахъ способствовало рецепціи иноземныхъ воззрѣній [3]). Задолженность этихъ лицъ заставляла ихъ неоднократно при продажѣ ренты гарантировать ея уплату остальнымъ своимъ имуществомъ и личной свободой [4]) въ

---

1) Magnum Bullarium romanum (ed. Cherubini) II стр. 295.

2) См. кромѣ выше приведенныхъ постановленій матеріалъ у Pauli, Abhandlungen IV 98; Donandt, Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts III 2 стр. 325 сл.; Gobbers, Die Erbleihe und ihr Verhältniss zum Rentenkauf in Köln въ Zeitschrift f. Rechtsgeschichte XVII, стр. 149.

3) Heusler, Institutionen. II, стр. 150.

4) См. актъ XIV вѣка, нап. у Hess, Das Burgrecht (въ Sitzungsberichte d. Acad. d. Wiss. Wien, 1853 XI, стр. 761 сл.) an. 1366 № 1 — должникъ обезпечиваетъ уплату Zins'a „auf uns und auf allem unseren Gut das wir haben in dem lande zu Oesterreich.“ — Monumenta Boica XVIII 134 (1334) .... (рентопокупатели) auss aller unser hab und gutem ligentem und varentem nichts aussgenommen ... pfenden mugent.“ — Продавецъ ренты назначаетъ иногда неустойку, которая взыскивается какъ обыкновенный долгъ со всего имущества, см. Lacomblet, Urkundenbuch f. die

виду того, что обезпечивающую недвижимость обременяли уже другія повинности, исчерпавшія ея доходность.

Такимъ образомъ договоръ о рентѣ былъ на практикѣ мало по малу приравненъ римскому займу съ залогомъ недвижимости [1]), при чемъ отвѣтственность должника распространилась на все его имущество, которое онъ уже не могъ спасти отъ взысканія кредитора уступкой опредѣленнаго участка [2]). А когда впослѣдствіи законодательство и обычай XVII и XVIII столѣтій дали покупателю ренты право отказаться отъ дальнѣйшихъ отношеній и требовать возвращенія капитала [3]), то исчезла послѣдняя разница между римскимъ mutuum съ вещнымъ обезпеченіемъ и своеобразнымъ институтомъ древне-германскаго права.

Понятно, что съ этого момента наступаетъ смѣшеніе понятій и сбивчивость въ терминологіи закона [4]) и судебной практики [5]), не смотря на протесты такихъ юристовъ,

Geschichte des Niederrheins III № 11 (an. 1310): Et si dictus census non solvetur infra mensem post terminum memoratum, ex tunc praefati cadent in poenam sex marcarum denariorum. Ср. еще Fabricius, Stralsund. Stadtbuch №№ 95 и 620 (стр. 109 и 118).

1) Ср. Magdeburg-Breslauer syst. Schöffenrecht (изд. Laband, 1863) IV, 2, c. 77: „Hette eyn man eyn erbe und vorkeufte eyme andern manne vyr mark czinses uf dasselbe — und ab ym an dem erbe icht abeginge, des sulde her sich holen an alle syme gute."

2) Эта практика отразилась довольно рано на законодательствѣ нѣкоторыхъ территорій. См. Пражское городское право 1380 г. (Rössler, Deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen II стр. 91), ст. 133: Si unus vendit census super domo sua, et plus erit ibi de censu, quam domus possit portare aut solvere, tunc pro residuo ad omnia alia ipsius bona facienda est justitia, si habet, si vero non habet alia bona, tunc in corpore detinetur.

3) См. Stobbe, Deutsches Privatrecht (3 изд.) II 2, стр. 104 сл.

4) Ср. Любекскіе Статуты 1586 г. III 8, § 13 . . . gib er ihm aber die Rente nicht, so mag der Rentener mit dem Hause als seinem Pfande nach lüb. Rechte verfahren.

5) Ср. Pauli, Abh. IV, стр. 107 сл.

какъ Mevius'a [1]), котораго врядъ ли можно причислить къ противникамъ романизаціи; легко прослѣдить въ одной и той же территоріи постепенное расширеніе отвѣтственности рентодателя, превращаемаго въ обыкновеннаго заемщика [2]). Любопытно однако, что и въ этой области Данцигъ дольше, чѣмъ остальные города сѣверной Германіи, удержалъ прежнюю ограниченность права взысканія кредитора [3]).

Бодмерея является въ средніе вѣка сдѣлкой, имѣющей цѣлью обезпечить кредитъ корабельщика во время плаванія и дающей заимодавцу привилегированный искъ, который удовлетворялся изъ продажи судна и груза. Бодмерея носила характеръ операціи, вызванной неожиданнымъ событіемъ, породившимъ опредѣленную денежную потребность — Nothbodmerei, и не можетъ быть вслѣдствіе этого причислена къ договорамъ, основаннымъ на рискѣ, такъ какъ въ ней отсутствовалъ спекулятивный моментъ. Foenus nauticum наоборотъ игралъ въ древнемъ мірѣ роль морскаго страхова-

---

1) Comment. in jur. lub. Lib. III, tit. VI c. 8 . . . manifestus erit illorum error, qui in praxi sua turpitudine et maximis clientum damnis, quae in jure nostro statuta sunt, de reditu ad eas obligationes referunt, quibus pro mutua pecunia domus vel alia res immobilis obligatur et in libro publico tanquam hypotheca adscribitur. Hoc enim est hypothecam habere in re pro personali obligatione, aliud est super re emere reditum.

2) Ср. приведенное у Pauli (IV прим. 313) рѣшеніе любекскаго магистрата 1685 г. Такую же перемѣну можно отмѣтить въ Вюрцбургѣ. см. Rosenthal, Zur Geschichte des Eigenthums in der Stadt Würzburg, стр. 95 сл. и въ Бременѣ (см. Höpken, Brem. Jahrbuch VII, стр. 158. 184. 209 сл.). Интересно, что Challamel, Etude sur le régime hypothécaire de Brême (1878) стр. 10, даже не подозрѣваетъ этого процесса въ исторіи развитія Handfesten. Ср. еще Arnold, Zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten, стр. 88. 91.

3) Ср. Siewert, Das Pfennigzins- und Strohwischrecht. Ein Beitrag zum deutschen Privatrechte aus den Statuten der Stadt Danzig (1802) стр. 19. 25.

нія. Кредиторъ отдавалъ деньги взаймы передъ отплытіемъ корабля съ цѣлью получить за нихъ усиленный ростъ; а судохозяинъ занималъ ихъ, имѣя при этомъ въ виду возможность пропажи корабля, такъ какъ онъ въ такомъ случаѣ освобождался отъ обязанности возвратить ихъ. На побережьи Средиземнаго моря мы находимъ во второй половинѣ среднихъ вѣковъ и foenus nauticum [1]) и бодмерею; напр. въ марсельскихъ статутахъ XIII столѣтія встрѣчаются оба института [2]). Нѣкоторые изслѣдователи [3]), останавившись на этомъ явленіи и на разницѣ, существующей между обѣими сдѣлками, выставили предположеніе, что бодмерея въ марсельскомъ памятникѣ слѣдуетъ считать продуктомъ вліянія германскаго права, и что она оттуда, главнымъ образомъ черезъ Consulado del mare [4]), распространилась по Средиземному морю. Въ послѣднее же время было обращено вниманіе на множество актовъ [5]), болѣе раннихъ, чѣмъ ста-

1) Ср. Schroeder, Die Bodmerei (Endemann's Handbuch, IV) стр. 240 и приведенный тамъ матеріалъ. — Слѣды морскаго займа въ смыслѣ foenus nauticum содержатъ статуты генуэзской колоніи Перы XIII вѣка (Pardessus, Collection des lois maritimes T. VI) Lib. V c. I.

2) Lib. III c. 5 (Pardessus IV): De pignore dato in navibus pro aliqua pecunia. Alioquin si hoc non convenerit (если заемъ не былъ заключенъ съ оговоркою „debitorem inde teneri salva eunte nave"), sed actum aut dictum fuerit ab eis, quod dictum pignus eat in viagio ad fortunam creditoris, tunc omisso pignore debitor ille nulla tenus de illo debito teneatur. См. еще примѣръ бодмереи въ Lib. I c. 18. Si quando pignus speciale salvatum esset, tunc amissa etiam nave illa, vel majori parte rerum in ea nave oneratarum, dictus debitor creditori predicto . . . satisfacere de eo pignori specialiter teneatur et non aliunde, nisi forte intereos tunc vel antea expresse aliter convenerit.

3) Schröder l. c. и Matthiass, Das foenus nauticum und die geschichtliche Entwicklung der Bodmerei (1881) стр. 95 сл. Ср. еще Ehrenberg, Krit. Vierteljahrschrift XXI стр. 181 и Lewis, Das deutsche Seerecht II стр. 3 сл.

4) Cap. 194 (Pardessus II).

5) См. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, стр. 351 сл.

туты Марселя и гдѣ можно найти указанія на слѣды бодмереи въ романскихъ территоріяхъ. Значеніе этого памятника и Consulado отходитъ такимъ образомъ для этой области на задній планъ. Что же касается вопроса о непосредственномъ вліяніи германской Satzung, онъ остается пока открытымъ [1]) уже потому, что въ южной Европѣ — и внѣ морскихъ отношеній — встрѣчаются слѣды ограниченной отвѣтственности должника при вещномъ обезпеченіи [2]). Но несоммѣнно сходство между бодмереей и новой Satzung; заимодавецъ корабельщика имѣетъ право отыскивать судно въ любыхъ рукахъ и онъ изъ него получаетъ удовлетвореніе передъ остальными кредиторами. Съ другой стороны это судно вмѣстѣ съ грузомъ исчерпываетъ его права взысканія и заемщикъ остальнымъ имуществомъ не отвѣчаетъ. Въ этомъ выражается не только сходство бодмереи съ Satzung, но и кромѣ того ея отличіе отъ foenus nauticum, при которомъ благополучное совершеніе путешествія даетъ кредитору право взысканія, направляемаго не только противъ корабля, но противъ всего актива должника. Такимъ образомъ можно съ точки зрѣнія германскаго права назвать бодмерею залоговой сдѣлкой, такъ какъ кредиторъ съ одной стороны получаетъ квалифицированную защиту, но съ другой стороны лишенъ личнаго иска противъ должника, который всегда можетъ освободиться отъ обязательства

---

1) Goldschmidt l. c. стр. 354: „An eine Entlehnung aus dem germanischen Norden ist nicht zu denken, wenngleich der Rechtsgedanke, dass das Pfand auf Gefahr des Gläubigers steht, germanischen Ursprungs ist und auf diese Vertragsübung eingewirkt haben mag."

2) См. напр. глоссу ad L. 1 C. de pign. et hypothecis: „nam et vendito pignore personalis actio non tollitur ... de residuo permanet integra petitio ... adversus licet Veneti contrarium servent."

оставленіемъ корабля. Для насъ интересно, что и въ данной области произошло расширеніе отвѣтственности подъ вліяніемъ римскаго права не потому, что здѣсь германская форма залога была вытѣснена римской ипотекой, а потому, что законодательство и юриспруденція стали постепенно смѣшивать бодмерею съ foenus nauticum [1]). Можно указать въ теченіе XV вѣка [2]) на чистыя бодмерейныя сдѣлки въ германскихъ территоріяхъ, гдѣ даже воспрещается foenus nauticum въ видѣ азартной сдѣлки [3]); еще въ началѣ XVII столѣтія встрѣчаются слѣды правильнаго пониманія Nothbodmerei [4]). Но впослѣдствіи по данному вопросу рѣшающее значеніе въ европейскомъ мірѣ пріобрѣло французское право [5]) и въ особенности Ordonnance touchant la marine 1681 г.[6]), которая подъ названіемъ „emprunt à la grosse“ излагаетъ институтъ, тождественный съ foenus nau-

---

1) Ср. Schröder, l. c. стр. 245 сл.

2) Амстердамское морское право, ст. 4 (Pardessus I стр. 408): een Schipher . . . is schuldig, soo verre die Bodem soo veel te Lande brengt. — Морское право Висби ст. 43 . . . so is de Scipper schuldic, also verne alzo de Bodeme alze to Lande bringet dat to betalende (Pardessus I).

3) Въ этомъ смыслѣ долженъ быть понимаемъ Ганзейскій рецессъ 1418 г. § 4 (Pardessus II).

4) Статуты Гамбурга 1603 г. II 18 § 3: „im Fall aber ein Schiffer höher mit Bodmerey beschweren würde als das Schiff sich erstreckt und werth wäre . . . sind die Schiffsfreunde (общіе хозяева) dazu zu antworten nicht schuldig.“

5) См. уже нѣкоторое смѣшеніе въ Guidon de la mer, cap. XVIII, § 1—2 и cap. XIX § 8 (Pardessus II).

6) Liv IV Tit. 5 art. VII. — Эти два фазиса въ исторіи развитія морскаго займа игнорируются большинствомъ французскихъ юристовъ. См. Fremery, Etudes de droit commercial, стр. 249 сл.; Desjardins, Traité de droit maritime V, стр. 162. Интересна практика Экскаго (Aix) Парламента въ XVIII столѣтіи, которая стремилась сохранить тѣмъ не менѣе нѣчто въ родѣ бодмереи на основ. гл. VIII ст. 2 кн. II Ordonnance 1681 г.: „les propriétaires du navire sont responsables des fautes du maistre; mais ils en demeurent déchargés en abandonnant le Bâtiment et le Fret“ въ связи со ст. 19 той-же главы. Ср. по этому поводу Emerigon, Traité des contrats à la grosse (éd. Boulay-Paty) ch. IV, sect. XI.

ticum. Этому вліянію подверглось и морское право сѣверныхъ странъ, такъ что до послѣдняго времени Bodmerei означала тамъ всякій заемъ, заключенный на случай благополучнаго совершенія рейса. Лишь торговому уложенію Германіи удалось вернуться къ прежней Nothbodmerei съ ограниченной отвѣтственностью [1]).

Можно отмѣтить и въ сосѣднихъ съ Германіей территоріяхъ тождественный ходъ развитія въ вышеразсмотрѣнной правовой области. Въ Скандинавіи [2]), какъ и во Фландріи [3]), встрѣчаются постановленія, ограничивающія отвѣтственность залогодателя заложенной вещью. Особый интересъ представляетъ въ этомъ отношеніи Швейцарія, не только потому, что она является въ исторіи права, такъ сказать, звеномъ, соединяющимъ германскую жизнь съ романской, но и потому, что она, благодаря своему дробленію на минимальныя, но самостоятельныя территоріи, представляетъ разнообразную картину, въ которой — по крайней мѣрѣ до послѣдняго времени — легко было подыскать слѣды предыдущихъ періодовъ. Въ средніе вѣка мы находимъ въ Швейцаріи [4]) Satzung съ передачей владѣнія; эта

---

1) Ст. 680 (изд. 1897). Bodmerei kann von dem Schiffer nur in folgenden Fällen eingegangen werden: 1. während das Schiff noch ausserhalb des Heimathshafens sich befindet zum Zwecke der Ausführung der Reise; 2. während der Reise im allgemeinen Interesse der Ladungsbetheiligten. — Ст. 679: Bodmerei im Sinne dieses Gesetzbuches ist ein Darlehnsgeschäft, welches von dem Schiffer als solchen . . . unter Verpfändung von Schiff, Fracht und Ladung . . . in der Art eingegangen wird, dass der Gläubiger wegen seiner Ansprüche sich nur an die verpfändete Gegenstände nach Ankunft des Schiffes . . . halten könne . . .

2) Ср. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I, 210.

3) См. Warnkönig, Flandrische Rechts- und Staatsgeschichte III, стр. 87.

4) См. Blumer, Staats- und Rechtsgeschichte der Schweizerischen Demokratien I, стр. 170 сл., 452.

форма обезпеченія сохранилась до средины нашего столѣтія подъ названіемъ „engagère“ въ Невшателѣ [1]), хотя она тамъ скорѣе разсматривалась какъ отчужденіе съ правомъ выкупа [2]). Въ средневѣковой Швейцаріи мы тоже находимъ Satzung безъ передачи вещи [3]), и даже въ самомъ первоначальномъ видѣ, когда считалось еще нужнымъ воспрещать отчужденіе залогодателю [4]). И рядомъ съ этими двумя формами земельнаго кредита — чуть ли не на первомъ мѣстѣ — стоитъ рента или Gült, которая здѣсь возникла на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и въ Германіи, при чемъ Gültschuldner обязанъ платить ежегодный взносъ изъ собираемыхъ доходовъ. Рецепція римскаго права въ Швейцаріи имѣла разрывающее дѣйствіе [5]) и на Satzung и на Gült; новое теченіе старалось замѣнять оба эти института понятіемъ объ mutuum, обезпеченномъ ипотекой [6]). Мѣстами рента дольше удержалась со своей ограниченной отвѣтственностью [7]),

1) Huber, Schweizerisches Privatrecht IV, стр. 796 сл.

2) Ср. Les loix, us et coutumes de la Souveraineté de Neuchatel et Valangin (ed. Osterwald 1785) L. II p. 2. V, стр. 230. И по этому поводу Rapport de Jeanneret въ Zeitschrift f. Schweiz. Recht XIX, стр. 44 сл.

3) Ср. Blumer, l. c. стр. 452. — Ср. еще Stadtrodel v. Maienfeld (1505 г.) § 77, въ Zeitschrift f. Schweiz. Recht XXVII, стр. 115.

4) Ср. Huber, l. c. IV, стр. 788 прим. 9.

5) Ср. Huber, l. c. III, стр. 773 сл., 814 сл.

6) Ср. по этому поводу изложеніе исторіи Gült у Wyss, Die Gült und der Schuldbrief nach schweiz. Rechte, въ Zeitschrift f. schweiz. R. IX, стр. 27. 37. 47. 51. 64.

7) Интересное сопоставленіе ренты и ипотеки содержитъ Das alte Landbuch von Uri (1607) ст. 205 у Blumer'a, l. c. II 2 стр. 83: „Ueber vermeldete beyderley gelt aussleichen ist erleutert, dass wass Unterpfandt nit gnugsam werent, old zuo grundt giengot, dass der Ansprächer auf übrige sein Haab und Güotter umb zins und Hauptgutt nach Landsbrauch und recht sich möge bezahlt machen. Was aber ewig verschrieben, dass man sich solle allein mögen ab selbigen specifirten Underpfandt bezahlt machen und so sel ige abold ganz zuo grund giengen, dass in diesem fahl der Aussprócher Zins und Hauptguott nit mehr anzuosprechen sol.“

хотя и ей было суждено лишиться впослѣдствіи своего безсрочнаго характера. Лишь въ теченіе нынѣшняго столѣтія нѣкоторые кантоны въ своемъ законодательствѣ выставили вновь понятіе объ рентѣ, какъ объ долговомъ отношеніи, при которомъ кредиторъ не имѣетъ права на возвращеніе капитала [1]). Любопытно отмѣтить, что, не смотря на интенсивную рецепцію римскихъ началъ въ ученіи о залогѣ, въ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ кантонахъ — въ Люцернѣ, Цугѣ, Нидвальденѣ — ограниченная отвѣтственность залогодателя признавалась еще въ началѣ XIX вѣка до изданія новыхъ положеній [2]), которыя въ сущности ввели для залогодержателя не личный искъ въ видѣ безусловнаго права, а только возможность обращать въ случаѣ недоимки взысканіе и на остальное имущество, но лишь по удовлетвореніи остальныхъ конкурсныхъ кредиторовъ.

Залоговое право на движимость также подверглось воздѣйствію романистическихъ вліяній и въ прошломъ цѣлаго ряда кантоновъ можно отмѣтить существованіе ипотеки на fahrende Habe. Тѣмъ не менѣе въ нѣкоторыхъ территоріяхъ [3]) вплоть до самаго послѣдняго времени удержалось германское воззрѣніе, въ силу котораго casus при ручномъ закладѣ распредѣляется между должникомъ, лишаемымъ вещи, и кредиторомъ, остающимся безъ удовлетворенія. Но союзный законъ объ обязательствахъ 1882 г.[4]),

---

1) См. Цюрихское уложеніе §§ 772—774 и Аппенцельскіе законы 1882 и 1886 г., приведенные у Huber, l. c. III 463.

2) Законъ для Нидвальдена 9 марта 1829 г. (Zeitschrift f. Schw. R. XIX стр. 28); для Люцерна 27 іюня 1849 § 26; для Цуга § 49, зак. 1859 г.

3) Законъ для Швица 1867 г., Schuldenruf- und Gantordnung § 43. Ср. Huber l. c. IV стр. 822.

4) Это вытекаетъ изъ §§ 131 сл. и 210—224.

устранивъ эти особенности, обезпечилъ и здѣсь торжество римскаго начала [1]).

Бросая взглядъ на все изложенное до сихъ поръ, мы приходимъ къ заключенію, что въ средніе вѣка и до рецепціи римскаго начала обезпеченіе требованія вещью имѣло особыя послѣдствія: кредиторъ тѣмъ самымъ отказывался отъ удовлетворенія изъ всего имущества должника и сосредоточивалъ свое взысканіе на опредѣленной вещи, отдаваемой ему въ залогъ съ непосредственнымъ обладаніемъ или безъ онаго. Но мы видѣли, что при этомъ тѣмъ не менѣе остается понятіе объ обязательствѣ, какъ объ извѣстномъ отношеніи между залогодателемъ и залогодержателемъ [2]); первоначальная causa debendi сохраняетъ свое значеніе и всѣ моменты, вліяющіе на нее, отражаются также на осуществленіи залоговаго права. Вещное обезпеченіе придаетъ этому обязательству особый характеръ, не однократно обнаруживающійся въ германскомъ правѣ [3]): получается правоотношеніе, гдѣ обязаннымъ субъектомъ является обладатель извѣстной вещи, уступка которой немедленно прекращаетъ дальнѣйшую отвѣтственность должника. Нельзя назвать такое вещное обезпеченіе акцессорнымъ уже потому, что оно не даетъ кредитору добавочной гарантіи, какъ въ

---

1) Не смотря на эту почти сплошную рецепцію римскаго залоговаго права, можно и въ современныхъ кодификаціяхъ Швейцаріи встрѣтить постановленія, мало соотвѣтствующія римскимъ воззрѣніямъ. Такъ напр. ст. 814, 815 Цюрихскаго уложенія, гдѣ личная отвѣтственность, какъ и въ Гамбургѣ, переходитъ на пріобрѣтателя заложенной вещи.

2) Къ этому сводится въ сущности не совсѣмъ ясное изложеніе у Roth, Deutsches Privatrecht III § 291. Менѣе доступнымъ является аргументація у Brink, Bestellung der dinglichen Rechte an fremden Immobilien im Mittelalter стр. 73 сл., 79, 94.

3) Этому явленію впрочемъ сочувствуютъ не всѣ германисты. Ср. Gerber, Reallast oder Realschuld въ Jahrbücher f. Dogmatik VI стр. 273.

римскомъ правѣ, а наоборотъ поглощаетъ личный искъ, который онъ имѣлъ бы безъ залога. Но съ другой стороны связь съ causa debendi остается [1]). Самостоятельность залоговаго права въ смыслѣ освобожденія его отъ воздѣйствія факторовъ, ограничивающихъ или уничтожающихъ обезпеченное обязательство — явленіе древне-германскому праву неизвѣстное [2]). Лишь въ теченіе XVIII столѣтія [3]) устанавливается постепенно [4]) въ германскихъ территоріяхъ принципъ достовѣрности крѣпостныхъ книгъ, послѣдствіемъ котораго была формализація ипотеки, повлекшая за собой, какъ мы это увидимъ въ слѣдующей главѣ, новое отступленіе отъ римскихъ началъ.

---

1) Встрѣчающіяся закладныя безъ наименованія causa obligationis (Ср. Fabricius Stralsund. Stadtbuch стр. 272; Höpken въ Brem. Jahrbuch VII стр. 201; Strombeck Statutarrechte der Stadt Danzig III, стр. 293) не могутъ служить достаточнымъ доказательствомъ, что при осуществленіи залоговаго права возраженія, вытекающія изъ обязательственнаго правоотношенія, не допускались.

2) См. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen стр. 118 сл.

3) Даже по отношенію къ пріобрѣтенію права собственности нельзя доказать, что крѣпостная запись имѣла до того времени абсолютную силу для третьихъ лицъ, уже потому, что въ цѣломъ рядѣ территорій для пресѣченія споровъ требовалось еще истеченіе Jahr und Tag послѣ внесенія пріобрѣтательной сдѣлки. Ср. Stobbe, Die Auflassung des deutschen Rechts въ Jahrbücher f. Dogmatik XII стр. 206 сл. — Исключеніемъ являлся Гамбургъ, гдѣ допущеніе абстрактныхъ долговыхъ документовъ Статутами 1664 г. (I. XX § 2) давало возможность отрѣшать залоговое право отъ causa debendi.

4) Первенствующую роль играютъ здѣсь законодательства Пруссіи и Мекленбурга, упорядочившія раньше другихъ крѣпостную регистрацію; относительно Мекленбурга см. Beseler Zeitschrift f. deutsches Recht X стр. 109 сл. — Въ Пруссіи первую подробную нормировку крѣпостныхъ книгъ содержитъ Hypotheken- und Concursordnung 1722 г. (нап. въ Corpus Const. Marchicarum II 2).

ГЛАВА II.

О вліяніи вотчинной записи на ипотеку въ законодательствѣ Германіи.

Значеніе прусскаго Ландрехта. — Отступленіе отъ принциповъ римскаго права. — Дальнѣйшее развитіе прусскаго права въ этомъ направленіи. - Ипотечные уставы Саксоніи, Баваріи и Вюртемберга. — Новшество мекленбургскаго права. — Ипотечныя проекты въ Пруссіи. — Слѣды новыхъ вѣяній въ Австріи. — Прусскій законъ 1872 г. — Гражданское уложеніе Германской Имперіи.

Ипотечное законодательство германскихъ территорій въ концѣ XVII столѣтія и въ теченіе XVIII производитъ впечатлѣніе хаотическаго состоянія [1]). Къ этому времени рецепцію римскихъ началъ можно считать уже совершившимся фактомъ; безмолвныя ипотеки успѣли уже укорениться, устранивъ такимъ образомъ безусловную необходимость записи, выработанную національнымъ правомъ этихъ областей. Но эта запись была только устранена, какъ conditio sine qua non для установленія вещнаго права, такъ какъ законныя ипотеки получали ipso jure и независимо отъ момента ихъ возникновенія, привилегированное мѣсто, отведенное имъ римскимъ правомъ; для добровольныхъ

1) Ср. Roth, Deutsches Privatrecht. III стр. 509 сл.

залоговыхъ правъ сохранилось значеніе записи, играющей роль или обязательнаго момента, отъ котораго зависѣло вообще возникновеніе вещнаго права, или формальности, придающей ипотекѣ преимущество передъ незаписанными, хотя бы и раньше установленными, правами. Въ послѣднемъ случаѣ внесеніе вещнаго обезпеченія въ книги пріурочивалось къ конституціи Императора Льва о публичныхъ залогахъ, которая представляла возможность создать компромиссъ между римскими началами и германскими воззрѣніями. Вслѣдствіе этого мы въ одной и той же территоріи встрѣчаемъ ипотеки, вытекающія изъ статьи закона помимо всякой записи, кромѣ того ипотеки, подвергаемыя записи на основаніи залоговой сдѣлки и наконецъ ипотеки, возникающія на каждомъ шагу въ оборотѣ и не оставляющія слѣдовъ въ крѣпостной книгѣ [1]). Неурядица и неувѣренность кредита, вызванныя подобнымъ состояніемъ, имѣли послѣдствіемъ постепенное выставленіе новыхъ привилегированныхъ ипотекъ, соотношеніе которыхъ нуждалось въ постоянныхъ выясненіяхъ, усиливающихъ только мѣстныя особенности и пестроту законодательныхъ нормъ въ этой области правовой жизни. Въ результатѣ получилось ухудшеніе общаго положенія въ теченіе XVIII столѣтія. Русскій юристъ можетъ сравнить эти явленія въ исторіи германскаго залоговаго права съ картиной, которую представлялъ до реформы 1889 г. прибалтійскій край, гдѣ только въ одномъ Ревелѣ [2]) сохранилась неприкосновенной необходимость записи, тогда какъ въ остальныхъ частяхъ остзей-

1) Такъ напр. въ Вюртембергѣ, ср. W ä c h t e r Würt. Privatrecht I, § 74.
2) Сводъ гражд. узакон. губ. остзейскихъ ст. 1587.

скихъ губерній римскія начала скрещивались съ германскими [1]).

Среди германскихъ законодательствъ XVIII столѣтія можно однако отмѣтить стремленіе Саксоніи и Пруссіи, направленное къ вытѣсненію римской безгласности. Въ Саксоніи [2]) движеніе это увѣнчалось успѣхомъ лишь въ началѣ нынѣшняго вѣка, тогда какъ въ Пруссіи абсолютная обязательность ипотечной записи восторжествовала уже въ прошломъ вѣкѣ. Для Берлинскаго городскаго права слѣды этой обязательности восходятъ къ концу XVII столѣтія: Edict vom Erb- und Lagerbuch in den Residenzstädten Berlin und Cölln (близъ Берлина) 28 сент. 1699 г. не допускалъ возникновенія залоговаго права помимо внесенія его въ крѣпостную книгу [3]). Но это постановленіе не было распространено на всѣ части прусскаго государства, какъ это первоначально предполагалось [4]). Въ теченіе XVIII столѣтія можно отмѣтить въ земскомъ правѣ Пруссіи живучесть римскихъ воззрѣній; ипотечный уставъ 1783 г. засталъ еще допустимость законныхъ безгласныхъ ипотекъ и не отмѣ-

---

1) Подробное изложеніе дореформеннаго залоговаго права даетъ Erdmann въ своемъ System des Provinzialrechts der Ostseeprovinzen. T. II.

2) Обязательность записи для всѣхъ ипотекъ, введенная въ 1724 г., была опять отмѣнена въ 1734 г. Ср. по этому поводу Roth l. c. стр. 515.

3) Напечат. въ Corpus Constitutionum Marchicarum II. 2 № XI. § 3: Dass keine Pfandverschreibung oder Hypotheken, sie seyen conventionales oder legales vel tacitae a die publicationis hujus edicti gelten noch einiges jus reale oder praelationis, haben solle, wenn nicht der Creditor oder debitor dieselbe in dem Erb- und Lagerbuch des Ortes, da des Debitoris Immobilia gelegen, obgleich der Debitor ein eximirter ist, verzeichen lassen und dass § 4 In specie die gerichtlich verschriebenen, wie auch die coram notario et testibus aufgerichteten Verpfändungen nicht eher gültig seyn, noch vim judicialis hypothecae oder einige Praelation haben solle, biss sie so wol, als alle anderen Hypotheken, in das Erb- und Lagerbuch verzeichnet seynd.

4) Ср. Dernburg-Hinrichs. Das preussische Hypothekenrecht. I. § 2.

нилъ ихъ [1]). Лишь Allgemeines Landrecht 1794 г. выставилъ общій принципъ, въ силу котораго залоговое право, добровольное или законное, можетъ возникнуть въ видѣ вещнаго права только посредствомъ внесенія его въ поземельную книгу [2]). Это постановленіе можно считать началомъ новой эры въ исторіи ипотечнаго законодательства западной Европы. Имъ положенъ окончательно предѣлъ вліянію чужеземнаго права, для котораго въ этой области начинается съ этого момента періодъ отступленія. Статья закона приравнена теперь залоговой сдѣлкѣ и обѣ онѣ служатъ только поводомъ къ установленію вещнаго права на недвижимость; самое же установленіе неразрывно связано съ записью въ книгу. Этотъ формальный моментъ одинъ въ состояніи создать специфическую силу залога, такъ что до записи залоговая сдѣлка въ состояніи только породить личныя отношенія между контрагентами.

Между тѣмъ, какъ ипотека на практикѣ подвергалась такому коренному преобразованію, теоретическія опредѣленія въ прусскихъ законахъ оставались неизмѣненными: залоговое право — до изданія [3]) Allg. Preuss. Landrecht, какъ и

---

1) Allgemeine Hypothekenordnung für die gesammten Königl. Staaten II. 182, 187.

2) I 20 § 411. Nur durch die wirkliche Eintragung in die öffentlichen Grundbücher wird das Hypothekenrecht selbst erworben. § 412. So lange daher ein gesetzliches oder auch ein durch rechtsgültige Willenserklärung bestelltes Pfandrecht noch nicht eingetragen ist, so lange hat dasselbe noch nicht die Eigenschaft eines dinglichen Rechts.

3) См. Revidirtes Landrecht des Herzogthums Preussen 1685 г. Lib. IV tit. 5 art. 1 § 4: . . . die Pfände so lange nicht gelten . . . biss die Obligation und Verbindung allerdings auffgerichtet und beschlossen. Ср. также Landrecht 1721 г. P. II, Lib. III, tit. 5, art. 1, § 4. — Corpus juris Fridericianum (Halle 1750). Pars II, Lib. V., tit. II, § 4. Weil also das Pfand und die Hypothek blos zur Sicherheit eines Creditoris constituiret werden, so muss nothwendig

послѣ него [1]) — характеризуется какъ придаточное право, имѣющее цѣлью обезпечить опредѣленное требованіе, при чемъ недѣйствительность послѣдняго отражается на живучести перваго, такъ что вещное обезпеченіе выставляется по прежнему въ видѣ добавочной гарантіи длязащиты имущественнаго интереса [2]), созданнаго обязательствомъ [3]). Впрочемъ изъ того факта, что прусское законодательство XVIII столѣтія отводитъ залогодержателямъ опредѣленныя мѣста среди конкурсныхъ кредиторовъ [4]), нельзя вывести заключеніе о поглощеніи личнаго требованія вещнымъ правомъ, такъ какъ привилегированность положенія залогодержателя распространяется только на его залоговое право, а остатокъ, непокрытый продажей вещи, удовлетворяется въ слѣдующихъ классахъ наравнѣ съ притязаніями простыхъ хирографарныхъ кредиторовъ [5]); наборотъ подобное

---

eine Schuldforderung vorhergehen, wofür das Pfand tradiret, und die Hypothek verschrieben wird. — Ср. Dernburg, Preuss. Privatrecht I (1881) § 315.

1) Landrecht I 20 § 1: Das dingliche Recht, welches jemandem auf eine fremde Sache zur Sicherheit seiner Forderung eingeräumt worden, und vermöge dessen er seine Befriedigung selbst aus der Substanz dieser Sache verlangen kann, wird ein Unterpfandsrecht genannt.

2) Тамъ же § 415: Die Gültigkeit des Hypothekenrechts hängt an und für sich von der Gültigkeit des Anspruchs ab, zu dessen Sicherheit dasselbe bestellt worden. I 20 § 12: Ist der Anspruch an sich ungiltig, so ist auch die dafür bestellte Sicherheit ohne Wirkung. Ср. еще I 20 § 416.

3) Для ослабленія этой связи вещнаго съ личнымъ правомъ прусская Hypothekenordnung 4 февр. 1722 г. (Corpus const. Marchicarum II, 2. II), Lit. B. ad § 14 разрѣшала женщинѣ при внесеніи въ книгу поручительнаго обязательства отказаться отъ принадлежащихъ ей exceptiones, что придавало правоотношенію болѣе абстрактный характеръ.

4) Ср. Dernburg-Hinrichs, l. c. стр. 10 сл.

5) См. Preuss. Allg. Gerichtsordnung 1793 г. Concurs §§ 392, 452 (то же самое уже въ Corpus jur. Frider. 1781 I. Theil IV tit. 12 § 54). Относительно ручнаго заклада — Allg. Gerichtsordnung §§ 382 и 474. О соотвѣтствующемъ явленіи въ области общегерманскаго права см. Schweppe, Das System des Concurses der Gläubiger (1829), § 75.

раздвоеніе наглядно доказываетъ параллельность и сосуществованіе личнаго и вещнаго права [1]).

Но этой параллельности было суждено тѣмъ не менѣе потерпѣть значительное ограниченіе подъ вліяніемъ ипотечной записи. Послѣдняя, не устраняя догматическихъ опредѣленій субсидіарности залога, все-таки своими прямыми послѣдствіями подкапывалось подъ ученіе романистовъ.

Вотчинныя книги, получившія въ Пруссіи значеніе обзора правъ на недвижимость [2]), должны были отражать дѣйствительныя поземельныя отношенія [3]). И разъ сила залоговаго права была поставлена закономъ въ зависимость отъ прочности обезпеченнаго обязательства, неудивительно, что законодатель заставлялъ завѣдывающихъ крѣпостными книгами не только убѣдиться, до внесенія залоговаго права, въ принадлежности недвижимости залогодателю и въ желаніи его заложить оную [4]), но кромѣ того установить фактъ

---

1) Эта параллельность также несомнѣнна и внѣ конкурса. Ср. Landrecht I 20 § 45: Es kann der Gläubiger nach eingetretener Zahlung auch an die Person seines Schuldners und dessen übriges Vermögen sich halten. Ср. еще Allg. Gerichtsordnung 1793 г. Tit. XXIV § 62: Wenn endlich jemand zur Bezahlung einer gewissen Geldsumme verurtheilt worden ist, so ist ein Unterschied zu machen ob . . . . die Execution aus einem bloss persönlichen oder ob sie aus einem dinglichen Rechte entspringe.

2) Ср. Hypothekenordnung 1783 г. (Novum Corpus Const. Marchicarum, T VII) I § 73 сл., II § 301 сл.

3) Ср. Hyp.-Ordnung 1783 г. I. 76.

4) Общій принципъ выражала Hyp.-Ordnung 1783 г. II, § 12 . . . so liegt (den Collegiis) dennoch ob, mit möglicher Sorgfalt zu verhüten, dass keine gesetzwidrige oder offenbar ungültige Negotia in die Bücher vermerkt, das Vertrauen des Publici auf die Legalität einer bey Gerichten eingetragenen Handlung zu Hintergehungen und Betrügereyen nicht gemissbraucht; noch auch durch Unvollständigkeit, Dunkelheit oder andere Mängel der dabey vorkommenden Dokumente zu künftigen Prozessen oder sonstigen Weiterungen Anlass gegeben werde.

существованія необходимой causa — въ видѣ дѣйствительнаго обязательства [1]). Въ случаѣ нерадѣнія со стороны крѣпостнаго отдѣленія, т. е. въ случаѣ внесенія въ книги явно недѣйствительнаго обязательства, пострадавшая вслѣдствіе этого сторона могла требовать возмѣщенія за убытокъ отъ представителей общественной власти въ дѣлѣ вотчинной регистраціи [2]). Но провѣрка обязательства, предписываемая прусскимъ законодательствомъ, до новѣйшаго устава 1872 г. [3]) не могла имѣть абсолютнаго значенія, во первыхъ потому, что недосмотръ со стороны крѣпостнаго отдѣленія былъ всегда мыслимъ [4]) — особенно въ случаѣ скрытаго порока въ обезпечиваемомъ обязательствѣ, а во вторыхъ главнымъ образомъ потому, что требованіе, дѣйствительное въ моментъ внесенія залоговаго права, могло впослѣдствіи въ силу договора между сторонами или другаго случайнаго обстоятельства пріостановиться въ своей осуществимости или вовсе прекратиться, а отмѣтка въ крѣпостной книгѣ оставалась между тѣмъ не погашенной.

---

1) Hyp.-Ordnung 1783 г. II § 127: Bey den über Darlehns- und andere verwandte Contracte bestellten, und zur Eintragung offerirten ausdrücklichen Hypotheken, muss der Richter . . . auf den Inhalt sowohl als die Fassung des Instruments Rücksicht nehmen: § 138: Bey der Fassung des Instruments muss der Richter darauf sehen, ob solches deutlich und bestimmt genug eingerichtet sey, eine rechtliche causam debendi enthalte.

2) Allg. Landrecht I 20 § 429. Die Behörden haften keineswegs für Fehler oder Mängel in dem Anspruche selbst, zu dessen Sicherheit die Hypothek bestellet worden. § 430. Liegt aber der Grund, warum durch die Eintragung gar kein Hypothekenrecht hat erworben werden können, in einem in die Augen fallenden Fehler des Instruments, dem es an einem nach den Gesetzen nothwendigem Erfordernisse gebricht, so haften die Hypothekenbuchführer demjenigen, der in Vertrauen auf ihre Rechtskenntnisse bei einer solchen fehlerhaften Eintragung sich beruht hat.

3) Законъ 24 мая 1853 г. (Hypothekennovelle) только упростилъ порядокъ провѣрки. Ср. Werner, Die preuss. Grundbuchgesetze II, стр. 154 сл.

4) Ср. Hypothekenordnung 1783 г., II § 175.

Такимъ образомъ долженъ былъ неизбѣжно возникнуть принципіальный вопросъ, затрагивающій вообще всѣ статьи, вносимыя въ книгу, а именно: вопросъ о значеніи содержанія этой книги для третьихъ лицъ. Если крѣпостной реестръ имѣетъ цѣлью дать полную картину всѣхъ правъ, установленныхъ на недвижимости, то является необходимымъ выяснить послѣдствія обнаружившейся неправильности и установить значеніе разлада между формальнымъ и матеріальнымъ правомъ. Участники сдѣлки, явившейся поводомъ ко внесенію ипотеки, а потомъ обезсиленной новымъ соглашеніемъ и не соотвѣтствующей болѣе дѣйствительности, не могутъ конечно ссылаться на этотъ разладъ между матеріальнымъ правомъ и содержаніемъ книги для того, чтобы освободиться отъ послѣдствій, вытекающихъ изъ этого соглашенія [1]).

Но нѣсколько иное положеніе третьихъ лицъ, пріобрѣвшихъ вещное право на основаніи содержанія крѣпостной книги. Положимъ напр., что А заключилъ договоръ купли-продажи съ В, потому что послѣдній значился въ книгѣ собственникомъ данной недвижимости; А далъ деньги взаймы В подъ залогъ этого участка, потому что онъ на основаніи отмѣтки въ крѣпостномъ реестрѣ считалъ его въ правѣ дѣлать подобныя распоряженія. Потомъ обнаруживается, что В не былъ настоящимъ собственникомъ даннаго участка. Съ точки зрѣнія матеріальнаго права пришлось бы рѣшать, что В ни въ одномъ, ни въ другомъ случаѣ не пріобрѣлъ вещнаго права, такъ какъ nemo plus

1) Если кредиторъ и должникъ — А и В — заключили впослѣдствіи pactum de non petendo, то А не можетъ предъявить залоговаго иска на томъ основаніи, что pactum не значится въ крѣпостной книгѣ.

juris transferre potest, quam ipse habet. Но Allgemeine Hypothekenordnung, изданная при Фридрихѣ II[1]), становится на противоположную точку зрѣнія и отдаетъ предпочтеніе формальному моменту, признавая, что для третьяго лица пріобрѣтеніе права на недвижимость слѣдуетъ считать окончательнымъ, когда лицо, распорядившееся онымъ, числилось по книгѣ собственникомъ данной вещи въ моментъ заключенія сдѣлки[2]). Это постановленіе Allg. Hypothekenordnung — знаменательное явленіе въ исторіи вотчинной записи западной Европы[3]). Здѣсь впервые ясно выставленъ принципъ достовѣрности крѣпостной книги, вызванный потребностями оборота и укоренившійся съ этого времени въ большинствѣ германскихъ территорій, не смотря на то, что онъ противорѣчилъ рецепированнымъ правовымъ воззрѣніямъ.

Это отступленіе отъ началъ матеріальнаго права не могло ограничиться записью права собственника; оно неизбѣжно должно было коснуться и остальныхъ вещныхъ правъ на недвижимость, вносимыхъ въ крѣпостную книгу, такъ какъ и по отношенію къ нимъ третьи лица заинтересованы въ достовѣрности книжныхъ указаній. Первый слѣдъ этого

---

1) Король несомнѣнно интересовался упорядоченіемъ поземельнаго кредита. Въ 1769 г. онъ даже выслушалъ двѣ лекціи о юридическомъ характерѣ ипотеки, прочитанныя ему статсъ-секретаремъ Кармеромъ. Ср. Rabe, Darstellung der Pfandbriefe. Введеніе, стр. 23.

2) II § 32. Derjenige, für welchen solchergestalt der Titulus possessionis auf ein Grundstück berichtiget worden, ist für den wahren und alleinigen Eigenthümer desselben anzusehen. § 55. Derjenige, auf dessen Namen der Titulus possessionis eines Grundstücks in dem Hypothekenbuche eingetragen steht, ist dadurch legitimirt über dies Grundstück Dispositiones bei dem Hypothekenbuche vorzunehmen. Тоже самое повторяетъ Allg. Landrecht I, 20 § 410.

3) Ср. Exner, Das Publizitätsprincip (1870) стр. 19.

направленія въ области залоговой записи встрѣчается также въ Ипотечномъ Уставѣ 1783 г. Ипотека, отмѣченная въ книгѣ, можетъ быть передана кредиторомъ другому лицу вмѣстѣ съ обезпеченнымъ требованіемъ. Въ большинствѣ случаевъ даже болѣе чѣмъ вѣроятно, что контрагентъ пріобрѣтаетъ требованіе именно въ виду залога, гарантирующаго ему подлежащую уплатѣ сумму. И вотъ послѣ передаточной надписи, къ которой цессіонарій приступилъ лишь на основаніи крѣпостной записи, обнаруживается, что обязательство, которое легло въ основаніе записи, было недѣйствительно съ самаго начала или подверглось впослѣдствіи ограниченію. По общему ученію debitor cessus, какъ извѣстно, имѣетъ противъ цессіонарія всѣ тѣ возраженія, которыя ему принадлежали противъ первоначальнаго кредитора. Если бы это положеніе примѣнялось въ пользу должника, обременившаго свою недвижимость внесенной ипотекой, то разладъ между формальнымъ и матеріальнымъ правомъ вредно отразился бы на интересахъ третьяго лица, т. е. цессіонарія, довѣрившаго содержанію книги. Въ защиту залоговыхъ отмѣтокъ Уставъ 1783 г. выступилъ только съ одной статьей, предвидящей случай, гдѣ ипотека была внесена для обезпеченія заемной сдѣлки, по которой заемщикъ, какъ оказывается впослѣдствіи, не получилъ валюты; должнику данъ для записи своей exceptio non numeratae pecuniae опредѣленный срокъ, по истеченіи котораго, цессіонарію, пріобрѣвшему въ промежуткѣ требованіе, не можетъ быть предъявлено возраженіе о невыдачѣ обозначенной въ заемномъ письмѣ суммы [1]). Очевидно, что когда заемщикъ

1) Hyp.-Ordnung, II § 181: Wenn aber nach Ablaufe der acht und dreissig Tage, und in der Zwischenzeit, wo keine Protestation eingetragen

пропускаетъ льготный срокъ, цессіонарій имѣетъ залоговой искъ, не смотря на то, что обезпеченное требованіе недѣйствительно; противъ личнаго иска цессіонарія должникъ можетъ защищаться въ обыкновенномъ порядкѣ, но противъ вещнаго иска, основаннаго на содержаніи крѣпостной книги, онъ обезсиленъ. Получается такимъ образомъ залоговое право, не служащее опредѣленному требованію, — залоговое право, которое уже нельзя назвать придаточнымъ. Ипотечный Уставъ имѣетъ лишь въ виду пріостановить въ только что указанномъ случаѣ значеніе exceptio non numeratae pecuniae при заемныхъ обязательствахъ, обезпеченныхъ залогомъ. Впослѣдствіи же прусское земское право 1794 г. распространило это примѣненіе принципа достовѣрности на всѣ случаи вещнаго обезпеченія[1]), съ тѣмъ только ограниченіемъ, что третье лицо не можетъ ссылаться на наличность ипотечной статьи въ книгѣ для проведенія своего вещнаго права, когда требованіе, оказавшееся недѣйствительнымъ или неосуществимымъ, пріобрѣтено этимъ лицомъ безвозмезднымъ способомъ [2]). Законодатель очевидно находилъ, что ода-

---

ist, das Instrument einem Dritten cedirt oder verpfändet worden, so kann der Gutsbesitzer sich des Einwands der nicht erhaltenen Zahlung gegen diesen Dritten nicht bedienen.

1) I 20 § 422. Dadurch allein, dass ein Anspruch in das Hypothekenbuch eingetragen worden, verliert der Schuldner noch nicht die ihm sonst gegen dessen Gültigkeit zustehenden Einwendungen. § 423. Insofern jedoch ein Dritter auf eine solche Forderung nach deren Eintragung ein Recht durch einen lästigen Vertrag erworben hat, kann der Schuldner gegen diesen Dritten von solchen Einwendungen, die er demselben vorher nicht kund gethan hat, keinen Gebrauch machen. § 424. Will daher der Schuldner sich seine Einwendungen wider die eingetragene Forderung auch gegen jeden Dritten erhalten, so muss er dieselben im Hypothekenbuch ebenfalls vermerken lassen.

2) Это въ сущности ограниченіе принципа, выраженнаго въ Allg. Hyp.-Ordnung, II § 181.

ренный не нуждается въ той защитѣ, которая предоставляется лицамъ, уплатившимъ за требованіе извѣстную сумму. Но Allgemeines Landrecht придерживается этого взгляда только относительно обязательствъ, обезсиленныхъ впослѣдствіи возраженіями; въ случаѣ же исполненія дѣйствительнаго обязательства безъ соотвѣтствующаго погашенія ипотечной статьи въ книгѣ, земское право постановляло, что если кредиторъ тѣмъ не менѣе, на основаніи формально еще значащейся отмѣтки, передавалъ свое право цессіонарію, послѣдній могъ осуществлять всѣ правомочія залогодержателя [1]); и здѣсь разница между возмездными и безвозмездными способами пріобрѣтенія со стороны третьяго лица не имѣла значенія. Объ этой разницѣ также не упоминаетъ приложеніе къ ст. 511 I 20 Земскаго права [2]), гдѣ debitor cessus лишается возраженія, возникающаго изъ compensatio, когда оно не было заблаговременно внесено въ книгу. Наконецъ, въ такихъ же общихъ выраженіяхъ высказывается зак. 24 мая 1853 г. въ § 15 [3]) относительно тѣхъ возраженій, которыя могли

---

1) I 20 § 522. Unterlässt der Schuldner (die Löschung), so kann er die Verhandlungen eines Dritten, worin derselbe mit dem eingetragenen Gläubiger redlicher Weise auf den Glauben des Hypothekenbuchs mit Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften sich eingelassen hat, zum Nachteil dieses Dritten nicht anfechten.

2) I 20 § 511. Soweit der Gläubiger über die eingetragene Forderung selbst verfügen kann, soweit ist er berechtigt sie abzutreten. — Anhang § 53. Doch kann dem Cessionario einer mit Consens des Schuldners eingetragenen hypothekarischen Schuldverschreibung, ein wider den Cedenten zustehender, vor der Cession entstandener Einwand der Compensation nur alsdann mit rechtlichem Effect entgegengesetzt werden, wenn dieser Einwand im Hypothekenbuche vermerkt oder dem Cessionario sonst bekannt gewesen ist.

3) Gesetz betreffend einige Abänderungen der Hyp.-Ordnung v. 1783, § 15: Einem Dritten, welcher rechtlicher Weise über eine im Hypothekenbuch eingetragene Post mit dem als Cessionar, Erbe oder sonstigen Erwerber einge-

принадлежать собственнику заложенной недвижимости противъ залогодержателя, какъ лицу, не имѣвшему права передать залоговую квитанцію лицу, предъявившему ее впослѣдствіи; противъ этого послѣдняго допускаются также только тѣ возраженія, которыя отмѣчены у крѣпостныхъ дѣлъ [1]).

Всѣ эти явленія доказываютъ, что прусское ипотечное право, не смотря на свои романистическія опредѣленія, послужившія ему исходными пунктами, пришло тѣмъ не менѣе къ послѣдствіямъ, немыслимымъ съ точки зрѣнія безусловной придаточности залоговаго права. Въ только-что разсмотрѣнныхъ случаяхъ цессіонарій, пріобрѣвшій залоговое право вмѣстѣ съ требованіемъ, не имѣетъ личнаго иска, потому что отвѣтчикъ - залогодатель снабженъ пріостановляющими или разрушающими возраженіями, но онъ тѣмъ не менѣе можетъ, благодаря содержанію крѣпостной книги, которымъ онъ руководствовался, вчинать вещный искъ. Формализація залоговаго права на недвижимость ведетъ такимъ образомъ къ новому виду ограниченной отвѣтственности. Залогодатель, заключившій съ кредиторомъ pactum de non petendo, освобождается отъ всякой обязанности по отношенію къ своему контрагенту; но если pactum не будетъ занесенъ въ книгу, а кредиторъ впослѣдствіи передастъ это мнимое требованіе вмѣстѣ съ залогомъ третьему лицу in bona fide, т. е. третьему лицу, убѣжденному, что

---

tragenen, und im Besitz des darüber ausgefertigten Documentes befindlichen Inhaber sich eingelassen hat, können keine, die Berechtigung seines Autors betreffende, Einwendungen, soweit sie nicht aus der Urkunde oder dem Hypothekenbuch erhellen, entgegengestellt werden.

1) Во всѣхъ этихъ случаяхъ, приведенныхъ въ предыдущихъ примѣчаніяхъ, предполагается bona fides цессіонарія. По отношенію къ третьему лицу, знающему разладъ формальнаго и матеріальнаго права, достовѣрность крѣпостной книги не отстаивается законодателемъ.

содержаніе книги соотвѣтствуетъ объективной истинѣ, то должникъ будетъ отвѣчать заложеннымъ имуществомъ, но и только имъ, такъ какъ достовѣрность крѣпостной книги простирается лишь на записанныя вещныя права, а не на правоотношенія, послужившія поводомъ къ ихъ внесенію.

Констатируется такимъ образомъ фактъ, что ограниченная отвѣтственность залогодателя [1]), которую можно было считать уничтоженною рецепціей римскихъ началъ, сумѣла, хотя и косвеннымъ путемъ, проникнуть въ кодификаціонныя работы прошлаго вѣка. Постановленія о давности въ прусскомъ правѣ также могутъ быть поводомъ къ существованію залоговаго права безъ личнаго иска. Въ прусскомъ правѣ выставленъ, какъ извѣстно, общій принципъ, что внесенныя въ книги права не подлежатъ давности [2]); но въ данномъ случаѣ этотъ принципъ долженъ быть отнесенъ къ залогу, а не къ требованію, такъ какъ въ книгу вносится залоговое право, а требованіе служитъ только основаніемъ къ записи. Изъ этого вытекаетъ, что, по истеченіи давностнаго срока обязательства, въ силѣ остается лишь одно залоговое право [3]),

---

1) Ее въ прусской литературѣ (Ср. Colberg, Ueber die Bedeutung des öff. Glaubens стр. 54 сл.) часто сравнивали съ отвѣтственностью наслѣдника cum beneficio inventarii. Однако кредиторамъ послѣдняго не дано право отыскивать отчужденныя вещи въ рукахъ третьихъ лицъ, тогда какъ это правомочіе неразрывно связано съ понятіемъ о залогѣ. Ср. Casso, Die Haftung des Benefizialerben (Berlin. 1889) стр. 53 сл.

2) I 9 § 511. Rechte auf unbewegliche Sachen, die im Hypothekenbuche eingetragen sind, können weder durch den blossen Nichtgebrauch erlöschen, noch kann an denselben entgegenstehendes Recht mittelst der Verjährung durch Besitz erworben werden.

3) I 20 § 247. So lange das Pfandrecht dauert, kann auch keine Verjährung der Schuld zum Besten des Schuldners anfangen. § 248. Dagegen finden in Ansehung der versessenen Zinstermine und desjenigen Theils der Schuld, welcher aus dem Pfande nicht bezahlt werden kann, die gewöhnlichen Regeln der Verjährung. Ср. рѣшеніе Оберъ-Трибунала 24 апрѣля 1843 г. (Entscheidungen Bd. IX стр.

которое уже нельзя назвать субсидіарнымъ въ виду того, что отсутствуетъ рядомъ съ нимъ осуществимое требованіе; и такъ какъ по Allg. Landrecht стороны имѣютъ право устанавливать при заключеніи договора болѣе краткіе давностные сроки [1]), этимъ путемъ очевидно могло быть достигнуто отрѣшеніе вещнаго права отъ личнаго.

Но оставляя даже въ сторонѣ эти явленія, вызванныя формализаціей вещныхъ правоотношеній, достаточно ближе всмотрѣться въ статьи Прусскаго Земскаго права, посвященныя залоговому праву, чтобы уловить въ нихъ слѣды германскихъ воззрѣній на вещное обезпеченіе. Залогодержателю дается конечно право осуществить противъ должника не только вещный искъ, но и личный [2]); однако должникъ, владѣющій заложенной вещью, можетъ просить, чтобы кредиторъ искалъ сначала удовлетворенія въ продажѣ этой вещи [3]). Законодатель очевидно нашелъ здѣсь средній

---

266): ein jedes der beiden Rechte unterliegt auch in der Ausübung seinen besonderen Erfordernissen. Die beiden Rechte müssen daher auch in Ansehung der Verjährung von einander gesondert werden. Ср. еще Dernburg, Preuss. Privatrecht II § 7 и Koch, Allg. Landrecht mit Commentar T. II (8-е изд.) подъ ст. 247. — Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht III (4-е изд.) стр. 507, даетъ § 248 болѣе узкій смыслъ и подвергаетъ обезпеченное требованіе дѣйствію давности только въ томъ случаѣ, когда заложенная вещь вышла изъ обладанія должника, хотя для проведенія такого различія нѣтъ основанія въ законѣ.

1) I 9 § 565. Ueberhaupt hängt es von den Parteien ab, bei Schliessung eines Vertrags der Verjährung und dem daraus entstehenden Rechte auch im Voraus zu entsagen, ingleichen kürzere oder längere Fristen dazu, als die gesetzmässigen sind, zu verabreden.

2) I 20 § 45. Vielmehr kann der Gläubiger nach eingetretenem Zahlungstermin auch an die Person seines Schuldners und dessen übriges Vermögen sich halten.

3) I 20 § 46. Doch kann der Schuldner, insofern er alsdann noch Eigenthümer der verpfändeten Sache ist, darauf antragen, dass der Gläubiger zuerst aus dieser seine Befriedigung suchen solle.

путь [1]) между германской ограниченной отвѣтственностью, въ силу которой взысканіе кредитора сосредоточивается на одномъ предметѣ, и абсолютной свободой выбора иска со стороны залогодержателя. Въ высшей степени интересенъ также § 44 прусскаго ландрехта, I 20; онъ помѣщенъ послѣ постановленія объ удовлетвореніи кредитора изъ вырученной продажею залога суммы, какъ о факторѣ, равняющемся исполненію обязательства [2]), и привосокупляетъ, что установленіе залога само по себѣ не освобождаетъ должника отъ обязанности совершить обѣщанное дѣйствіе [3]). Здѣсь между строкъ какъ будто мелькаетъ мысль, что отъ сторонъ зависитъ придать вещному обезпеченію подобное значеніе; и на практикѣ дѣйствительность подобныхъ ограничительныхъ сдѣлокъ не могла не быть признана [4]).

Вліянію національныхъ воззрѣній также можно отчасти приписать тѣ недоумѣнія, которыя вызвало на практикѣ положеніе третьяго лица, владѣющаго заложенной вещью. Въ предыдущей главѣ было указано на стремленіе германскихъ судовъ привлекать къ личной отвѣтственности также и третье

---

1) Ср. Bornemann, Systemat. Darstellung d. preuss. Civilrechts IV стр. 191 прим. I.

2) I 20 § 43: Soweit der Gläubiger durch den Verkauf oder Zuschlag der verpfändeten Sache befriedigt worden, entstehen daraus alle Wirkungen einer von dem Schuldner unmittelbar geleisteten Zahlung.

3) I 20 § 44. Dagegen wird der Schuldner durch die blosse Bestellung eines Unterpfandes von seiner Verbindlichkeit noch nicht frei.

4) Рѣшеніе Оберъ-Трибунала 31 окт. 1827 г. (Simon und Strampff, Rechtssprüche der Gerichtshöfe. II, стр. 249): Der Empfänger eines Darlehns wird nicht persönlich verhaftet, wenn er in einer..... ihrem Inhalte nach vom Gläubiger genehmigten Schuldverschreibung über das Darlehn erklält, dass er seinem Gläubiger für die geliehene Summe ein bestimmtes Grundstück, mit der ausdrücklichen Ausnahme seines Mobiliar und anderweitigen Vermögens und seines sonstigen Einkommens, dergestalt ververpfände, dass der Gläubiger sich nur rein an das Grundstück halten solle.

лицо, пріобрѣвшее недвижимость у залогодателя въ виду того, что — не смотря на рецепцію римскаго права — не успѣло установиться ясное пониманіе разницы, существующей между личнымъ должникомъ залогодателя и случайнымъ обладателемъ заложенной недвижимости; результатомъ же этого непониманія явилось уравненіе положенія одного и другого лица. Въ судебной практикѣ Пруссіи произошло, какъ видно, такое же смѣшеніе понятій, вопреки ясному смыслу соотвѣтствующей статьи [1]), такъ что впослѣдствіи возникла необходимость особаго разъясненія для подтвержденія принципа, что владѣлецъ заложенной вещи отвѣчаетъ остальнымъ имуществомъ только въ случаѣ заключенія особаго договора съ кредиторомъ при пріобрѣтеніи заложенной вещи [2]).

Впрочемъ и при составленіи кодекса 1794 г. господствовалъ, какъ видно, взглядъ, неудобопримиримый съ римскими началами; кодификаторы, въ виду возрастающаго значенія реальнаго кредита, были расположены предполагать, что, по внесеніи залога въ ипотечныя книги, личное требованіе становится скорѣе принадлежностью вещнаго права [3]); и это ихъ мнѣніе имѣло несомнѣнное вліяніе не только

1) Земское право I 20 § 54: Weiter als die verpfändete Sache reicht, ist ein solcher dritter Eigenthümer dem Gläubiger, welchem er sich nicht etwa noch ausserdem persönlich verpflichtet hat, zu hatten nicht schuldig.

2) Declaration 21 марта 1835 г. § 1: Wer durch speciellen Rechtstitel eine mit Pfand- oder Hypothekenschulden belastete unbewegliche Sache erwirbt, und dabei erklärt, dass er diese Schulden mit übernehme, wird durch eine solche Uebernahme allein dem Gläubiger persönlich nicht verpflichtet, vielmehr bedarf es zu dieser Verpflichtung eines besonderen Vertrages zwischen dem Erwerber und dem Gläubiger.

3) Ср. Schmidt, Grundsätze des gemeinen und preuss. Pfandrechts (1840) стр. 3.

на практику, но и на догматическія изслѣдованія теоретиковъ.

Здѣсь важную роль играла также книжная система и въ томъ смыслѣ, что она породила ипотеку собственника въ ея нынѣшнемъ видѣ. Залогодатель при записи своего обезпеченія получаетъ ясную картину задолженности данной недвижимости и вмѣстѣ съ тѣмъ представленіе о значеніи пріобрѣтаемаго имъ ранга, вслѣдствіе чего нѣтъ уже надобности допускать постепенное движеніе послѣдующихъ залогодержателей въ случаѣ погашенія права предшествующаго кредитора. Уже изъ статей Земскаго права [1]) можно было — по аналогіи съ Reallasten — вывести, что освободившееся въ реестрѣ мѣсто остается въ распоряженіи залогодержателя, когда онъ пріобрѣтаетъ право собственности на заложенную ему вещь. Это было явно признано § 52 Приложенія къ прусскому праву [2]) на основаніи доклада коммиссіи 10 іюня 1802 г. [3]);

---

1) Landrecht I 16 § 482: Auch Rechte auf die Sache erlöschen, wenn der Verpflichtete das Eigenthum der berechtigten Sache überkommt. § 483: Ein gleiches gilt von subjectiv dinglichen Rechten, wenn der bloss persönlich Verpflichtete zum Besitz der berechtigten Sache gelangt oder der Eigenthümer der berechtigten Sache die Verbindlichkeit des persönlich Verpflichteten überkommt. § 484: Das subjectiv dingliche Recht kann jedoch erhalten werden, wenn der Verpflichtete während seines Besitzes gegen die Vereinigung ausdrücklich protestirt und diese Protestation in dem Hypothekenbuche der berechtigten Sache vermerken lässt. — На возможность примѣнить къ залоговому праву эти статьи, имѣвшія въ виду Reallasten, указывалъ уже Koch, Die Lehre vom Uebergang der Forderungsrechte, стр. 97.

2) I 16 § 484 (Anhang § 52): Hypothekenrechte werden nicht durch die blosse Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthum des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, so lange nicht eine von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist und kann der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschte Hypothekenrecht einem andern abtreten.

3) Ср. Rabe, Sammlung preussischer Gesetze VII, стр. 183.

а декларацією 3 апр. 1824 г. принципъ этотъ былъ дальше развитъ и собственнику было разрѣшено, по уплатѣ первой ипотеки, записаться самому на мѣсто выбывшаго кредитора [1]).

Въ одномъ и другомъ случаѣ послѣдующіе кредиторы — если таковые были — остаются на своихъ мѣстахъ, а рангъ выбывшаго принадлежитъ собственнику. Здѣсь въ сущности нѣтъ принципіальнаго момента для характеристики современнаго залоговаго права; отступленіе отъ общихъ началъ имѣетъ исключительно цѣлью предоставить собственнику распоряженіе ипотечнымъ старшинствомъ. Пока мѣсто въ книгѣ числится за нимъ, нѣтъ еще залоговаго права въ настоящемъ смыслѣ слова, нѣтъ возможности взысканія по такой чисто формальной записи. Все это построеніе принимаетъ осязательную форму лишь въ тотъ моментъ, когда собственникъ передаетъ установленное такимъ путемъ обезпеченіе одному изъ своихъ кредиторовъ; вещное право поступаетъ тогда опять на служеніе опредѣленному имущественному интересу.

---

1) „Da sich bei den Gerichten Zweifel darüber erhoben haben, ob die im § 52 des Anhanges zu dem A. L. R. für den Fall der Vereinigung der Hypothekenrechte mit dem Eigenthum des verpflichteten Grundstücks in einer Person gegebene Vorschrift auch dann Anwendung finde, wenn vom Eigenthümer des Grundstücks die Zahlung der darauf eingetragenen Forderungen erfolgt ist, so wollen wir auf dem desshalb gemachten Antrag unseres Justizministers und nach vernommenen Gutachten unseres Staatsraths jene Vorschrift dahin declariren: dass der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlt und die Forderung in dem Hypothekenbuch nicht hat löschen lassen, alle Rechte eines Cessionars dieser Hypothek geniessen soll, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Cession oder nur eine Quittung ertheilt worden ist, indem für diesen Fall die blosse Quittung so ausgelegt werden soll, als ob darin eine ausdrückliche Cession enthalten wäre.“ Ср. по этому поводу v. d. Hagen, Die Hypothek des Eigenthümers, стр. 16 сл.

Но прусскіе юристы тѣмъ не менѣе считали, что такое явленіе не можетъ быть объяснено съ точки зрѣнія придаточности и для спасенія римскаго соотношенія между залогомъ и требованіемъ они тщетно старались доказать существованіе обязательства, не смотря на наступившую confusio[1]). Другіе, какъ Koch, предпочитали въ этихъ случаяхъ допускать индивидуализацію самой недвижимости, какъ обязаннаго субъекта[2]). Наконецъ въ 1831 г.[3]) въ правительственномъ распоряженіи прусское залоговое право было впервые названо „ein selbständiges Realrecht“ и съ тѣхъ поръ въ кодификаціонныхъ работахъ Пруссіи, какъ и въ литературѣ, встрѣчается терминъ „Realrecht“ или „Realobligation“ съ примѣненіемъ его къ залогу. Хотя юридическое понятіе, связанное съ этимъ словомъ, до сихъ поръ еще не окончательно установлено, новая терминологія означаетъ тѣмъ не менѣе новое вѣяніе въ исторіи прусской ипотеки.

Прежде чѣмъ приступить къ разсмотрѣнію этого процесса нужно указать сначала на вліяніе, которое имѣло Прусское Земское право на ипотечное законодательство другихъ германскихъ государствъ. Можно прежде всего указать на территорію, вошедшую въ составъ прусской монархіи въ 1815 г., а именно на западную Померанію (Neu-Vorpommern und Rügen), гдѣ до настоящаго времени дѣйствуетъ не прусскій кодексъ, а общегерманское право.

---

1) См. рѣшеніе Оберъ-Трибунала отъ 27 мая 1839 г. (Entscheidungen, V стр. 51).

2) Ср. Koch, l. c. стр. 94.

3) Rescript des Justizministeriums v. 24. März 1831. Ср. по этому поводу Bornemann, Darstellung des preuss. Civilrechts IV стр. 248.

Римское ученіе о залогѣ [1]) было замѣнено для этой области въ 1868 г. закономъ, установившимъ обязательность записи; такимъ образомъ въ силу принципа достовѣрности наступила и тамъ возможность дѣйствительной ипотеки, лишенной обычнаго основанія, т. е. требованія [2]).

Но кромѣ того въ трехъ другихъ королевствахъ Германскаго Союза послѣдовало въ теченіе нынѣшняго столѣтія — подъ несомнѣннымъ вліяніемъ примѣра Пруссіи — установленіе принципа достовѣрности ипотечной записи съ вытекающими изъ него послѣдствіями. Въ Саксоніи, гдѣ законодательныя работы пріостановились во второй половинѣ прошлаго вѣка [3]) и гдѣ въ качествѣ слѣдовъ древне-германскихъ воззрѣній можно указать только на изъятіе beneficium excursionis изъ числа рецепированныхъ институтовъ римскаго права [4]), съ 1843 г. начинается новое направленіе [5]). Въ связи съ установле-

---

1) О характерѣ поземельнаго кредита въ этой территоріи до закона 1868 г. см. Goetze, Die Reform des Hypothekenwesens (1857) стр. 66 сл.

2) Gesetz betreffend die Einführung von Hypothekenbüchern in Neu-Vorpommern und Rügen v. 21. März 1868 (Gesetzsammlung für die preuss. Staaten № 24) § 27. Wer eine eingetragene Forderung im guten Glauben erhalten hat, ist damit gesichert gegen den Einwand der Zahlung oder sonstigen Aufhebung — ingleichen gegen Einwendungen wider die Richtigkeit der Forderung, wenn ihm in dieser Hinsicht nicht frühere Eintragungen entgegentreten. Въ этомъ законѣ отражается кромѣ того вліяніе Мекленбургскаго права, о которомъ будетъ рѣчь ниже. Залоговое право даже въ рукахъ первоначальнаго залогодержателя получаетъ характеръ самостоятельнаго правомочія: § 31. Gegen ein eingetragenes Recht findet nicht statt die Berufung auf Minderjährigkeit, auf das Senatusconsultum Macedonianum, . . . auf das Senatusconsultum Velleijanum . . .

3) См. выше стр. 111 прим. 2.

4) Ср. Haubold, Lehrbuch des sächs. Privatrechts I § 213.

5) Объ исторіи этого закона см. Heyne, Commentar über das kgl. sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843 die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend (Leipzig. 1845) I стр. XVIII прим. 4.

ніемъ записей признаетстя ихъ формальная достовѣрность по отношенію къ третьимъ лицамъ, совершившимъ опредѣленныя дѣйствія на основаніи содержанія книги; и этотъ принципъ проводится въ области залоговыхъ статей [1]). Противъ третьяго пріобрѣтателя ипотеки на недвижимость саксонскій законъ 1843 г. даетъ должнику только тѣ возраженія, которыя были своевременно отмѣчены въ книгѣ [2]); и кромѣ того залогодатель въ случаѣ передачи ипотеки послѣ уплаты долга не можетъ ссылаться на эту уплату, если ей не соотвѣтствуетъ въ книгѣ отмѣтка о погашеніи вещнаго права [3]). Уже первый комментаторъ этого закона, Heyne, справедливо оцѣнилъ значеніе этихъ отступленій отъ дотолѣ дѣйствовавшаго права; усматривая особое преимущество въ существованіи такихъ залоговыхъ правъ, отрѣшенныхъ отъ личнаго правоотношенія, онъ указывалъ должнику и кредитору, желающимъ придать ипотекѣ болѣе абстрактный характеръ, возможность заключенія предвари-

---

1) Законъ 6 ноября 1843 г. § 22. Vermöge der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs bringt jede in Vertrauen auf dasselbe vorgenommene Handlung, die sich auf das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an einem Grundstücke bezieht, in Ansehung desjenigen, welcher nach dem im Grund- und Hypothekenbuche befindlichen Einträgen und im guten Glauben gehandelt hat, alle rechtliche Wirkungen hervor, die der Handlung nach jenen Einträgen angemessen sind.

2) § 23 n. 4. Der hypothekarische Schuldner kann die Einrede, dass eine in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragene Forderung durch Zahlung oder auf anderer Weise erloschen sei, oder Einwendungen gegen die Richtigkeit der Forderung . . . . . nicht gebrauchen, wenn die Forderung nicht im Grundbuche gelöscht, oder eine den Einwendungen gegen die Richtigkeit entsprechende Abänderung darin nicht bewirkt worden ist.

3) § 124. In den im § 100 unter 4, 5, 6, 7 angegebenen Fällen (прекращеніе требованія) wird die Ursache des Erlöschens vermöge der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs in Bezug auf Dritte erst mit der wirklichen Löschung der Forderung im Grund- und Hypothekenbuch wirksam.

тельнаго договора признанія (Anerkennungsvertrag), который уничтожилъ бы прежнюю causa debendi и служилъ бы впослѣдствіи неоспоримымъ основаніемъ вещному праву [1]). Но для такого упрощенія необходимо по саксонскому праву соглашеніе сторонъ въ только что указанной формѣ. Само по себѣ добровольное установленіе залоговаго права не можетъ замѣнить обязательство, которое — и по уложенію 1864 г. [2]) — является conditio sine qua non для возникновенія вещнаго права. Въ этомъ послѣднемъ законодательномъ памятникѣ, составленномъ подъ сильнымъ вліяніемъ теоріи, мы находимъ романистическое опредѣленіе залога, какъ придаточнаго права [3]), въ защиту извѣстнаго требованія, хотя здѣсь [4]), какъ и въ законѣ 1842 г., допускается возможность дѣйствительныхъ ипотекъ безъ личнаго иска въ пользу залогодержателя.

Болѣе выдержаннымъ съ точки зрѣнія придаточности является взглядъ законодателя 1864 г. на положеніе третьихъ владѣльцевъ заложенныхъ недвижимостей; онъ налагаетъ [5]) на нихъ лишь одну обязанность, а именно: допущеніе взысканія со стороны залогодержателя, если они не пожелаютъ удовлетворить его требованіе противъ

1) Ср. Heyne l. c. I стр. 7.

2) Статья 398 Саксонскаго Уложенія сама по себѣ могла бы вызвать предположеніе, что здѣсь простое заявленіе собственника создаетъ ипотеку помимо всякаго требованія; однако § 429 дѣлаетъ это предположеніе немыслимымъ: „Der Kläger hat bei der Pfandklage die Forderung, ihre Eintragung in das Hypothekenbuch . . . zu beweisen."

3) Ср. § 387 и §§ 426—428. — Ср. Grützmann, Lehrbuch des sächs. Privatrechts I § 81 и стр. 370 сл.

4) Ср. § 429 и Grützmann l. c. I стр. 151.

5) § 430. Der Beklagte kann die Pfandklage abwenden, wenn er dem hypothekarischen Gläubiger volle Befriedigung wegen der Forderung leistet, für welche das Pfand haftet.

закладчика, тогда какъ законъ 1842 г. говорилъ объ ответственности владѣльца [1]) и о лежащемъ на немъ долгѣ [2]).

Приблизительно такъ-же выражается баварскій ипотечный законъ 1822 г. [3]), послужившій вмѣстѣ съ прусскимъ правомъ главнымъ образцомъ при реформѣ залоговаго права въ Саксоніи. Разладъ, существующій здѣсь между основнымъ понятіемъ о залоговомъ правѣ и явленіями, вызванными книжной регистраціей, подчеркивается въ самомъ законѣ [4]); баварскіе юристы тѣмъ не менѣе стараются придать этимъ явленіямъ характеръ исключенія, не нарушающаго общаго правила о параллельности вещнаго и личнаго иска при залогѣ [5]). Нужно замѣтить, что и въ Вюртембергѣ, не смотря на то, что тамъ рецепція римскихъ началъ въ области залоговаго права была интенсивнѣе, чѣмъ гдѣ либо, введеніе гласности закономъ 1 мая 1825 г. [6]) также создало возможность существованія залоговаго права въ обезпеченіе недѣйствительнаго требованія [7]).

---

1) § 87. Der dritte Besitzer eines Grundstücks ... ist gehalten entweder die Schulden zu bezahlen . . .

2) § 88. Die Haftung des redlichen dritten Besitzers für die Schulden des Grundstücks . . .

3) Hypothekengesetz f. das Königreich Bayern 1 іюня 1822 г. (изд. Gütl, München 1896) § 56: Die Haftung des dritten redlichen Besitzers erstreckt sich nicht weiter als das Gut . . .

4) L. c. § 2: Von der Richtigkeit und Dauer der Forderung hängen auch die Wirkungen der Hypothek ab, vorbehaltlich dessen, was wegen Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches unten bestimmt ist. Ср. §§ 25, 26, 57. — Ср. Dernburg, Krit. Vierteljahrschrift XXI, стр. 22.

5) Ср. Gönner, Commentar über das Hypothekengesetz f. d. Königreich Bayern, стр. 112 сл.; Roth, Bayrisches Civilrecht II § 184 и отчасти также Regelsberger, Bayerisches Hypothekenrecht стр. 176 и 169.

6) Ср. Fecht, Gesetze und Verordnungen über württemb. Pfandrecht. Stuttgardt 1879.

7) § 88 Gegen einen Dritten hingegen, welcher die eingetragene Forderung durch lästigen Rechtstitel und im guten Glauben erworben hat, . . können

Обязательность записи и вліяніе формальнаго ипотечнаго права на соотношеніе требованія и залога — вотъ результатъ вліянія прусской системы не только на германскія законодательства, но и на объективное право сосѣднихъ государствъ. Можно въ этомъ отношеніи указать между прочимъ на Ипотечный Уставъ 1818 г. для Царства Польскаго, составленный Вычеховскимъ и замѣнившій дѣйствующую тамъ съ 1809 г. французскую ипотечную систему [1]). Въ немъ залоговое право, согласно ученію Allg. Landrecht'a, опредѣляется какъ придаточное право, но тѣмъ не менѣе для третьихъ лицъ, находящихся in bona fide по отношенію къ содержанію книги, возможно пріобрѣтеніе ипотеки на недвижимость безъ подкладки личнаго обязательства [2]).

Уничтоженіе безмолвныхъ ипотекъ и необходимость записи имѣютъ главной цѣлью превратить крѣпостной реестръ въ полный обзоръ поземельной задолженности извѣстной территоріи, такъ что принципъ гласности тѣсно связанъ съ принципомъ достовѣрности. Это значитъ другими словами, что для лица, обозрѣвающаго крѣпостныя книги, внесенныя права считаются соотвѣтствующими дѣйствительности, а не внесенныя несуществующими. Не смотря на

---

von dem Schuldner Einreden wider die ursprüngliche Richtigkeit der Forderung, sowie später entstandene Einreden ... nur dann geltend gemacht werden, wenn solche in dem Unterpfandsbuche zur Zeit des Eintrags der Erwerbung vorgemerkt worden sind ... Впрочемъ придаточности, высказанной въ опредѣленіи § 1, вполнѣ соотвѣтствуютъ предписанія §§ 210—214, 216, требующихъ провѣрку уничтоженія обязательства для погашенія ипотеки въ книгѣ. Ср. Römer, Das württembergische Unterpfandsrecht, стр. 251.

1) Ср. Дуткевичъ, Польское ипотечное право стр. XVII сл.

2) Ср. §§ 59—61 Ипотечнаго Устава, которые являются чуть ли не буквальнымъ переводомъ прусскаго Landrecht'a I 20 ст. 422—424.

эту, казалось бы неизбѣжную, связь между обоими принципами, можно все-таки указать на ганноверскій законъ 14 дек. 1864 г., установившій обязательность записи [1]), но тѣмъ не менѣе не рѣшившійся признать безусловную достовѣрность внесенныхъ указаній, такъ что третье лицо, пріобрѣвшее залоговое право на основаніи числящейся въ книгѣ статьи, не можетъ по этому закону устранить негласныя возраженія должника, предъявляемыя имъ на основаніи отношеній къ первоначальному [2]) залогодержателю. Здѣсь зависимость залога отъ требованія удержалось согласно римскимъ воззрѣніямъ и въ противоположность вышеприведеннымъ законодательствамъ можно сказать, что матеріальное право сохранило свое первенство и что формальные моменты отступаютъ на задній планъ.

Такое же явленіе встрѣчается въ настоящее время у насъ въ прибалтійскомъ краѣ, гдѣ, не смотря на безусловное проведеніе ипотечной записи съ 1889 г. [3]), рим-

---

1) § 24. Das Alter einer Hypothek bestimmt sich, ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung der Forderung, durch die Zeit der Eintragung.

2) Ср. v. Bar, Das Hannoversche Hypothekenrecht, стр. 53.

3) Статьи Свода гражд. узаконеній губерній прибалтійскихъ, касающіяся залоговаго права, нуждаются въ настоящее время въ пересмотрѣ, хотя бы и съ чисто формальной стороны. До реформы 1889 г. ст. 1335—1449 имѣли цѣлью нормировать обыкновенное — въ сущности римское — залоговое право, по отношенію къ которому ручной закладъ (1469—1497) и публичная ипотека (1569—1603) являлись только двумя подвидами со своими особенностями. Въ настоящее же время, вслѣдствіе § 1 Измѣн. въ Закон. объ Ипот. 9 іюня 1889 г., эти два подвида исчерпываютъ кругъ возможныхъ формъ вещнаго обезпеченія, такъ какъ ручной закладъ сдѣлался единственной формой залога на движимость, а публичная ипотека единственнымъ видомъ залоговаго права на недвижимость. Тѣмъ не менѣе остались въ Сводѣ неизмѣненными статьи общаго содержанія, имѣвшія въ виду (нынѣ уничтоженный) безгласный залогъ; такъ напр. ст. 1414, хотя и говоритъ, что „каждое закладное право само собою прекращается съ погашеніемъ обязательства, которому оно служитъ обезпеченіемъ . . . .“, но въ виду ст. 1598 эти слова могутъ въ край-

ская придаточность еще подрываетъ принципъ достовѣрности [1]).

Всѣ приведенныя уклоненія отъ общаго принципа придаточности въ только что разсмотрѣнныхъ законодательствахъ можно считать въ сущности явленіями случайными въ томъ смыслѣ, что они не вызваны тамъ желаніемъ создать новый типъ залога, въ видѣ отвлеченнаго иска, направленнаго на удовлетвореніе изъ опредѣленной недвижимости, а просто вытекаютъ изъ характера крѣпостной

немъ случаѣ быть отнесены только къ ручному закладу. Слѣдуетъ при этомъ указать на то, что Продолженіе къ Своду 1890 г., вызванное измѣненіями въ области матеріальнаго права, составлено если не небрежно, то по крайней мѣрѣ поспѣшно. Рядомъ съ новой редакціей ст. 1393 („добровольное закладное право на недвижимость можетъ быть установлено только посредствомъ внесенія въ подлежащія публичныя книги") осталась прежняя ст. 3004, которая между прочимъ говоритъ: „при установленіи закладнаго права на недвижимость въ Лифляндіи и Эстляндіи (кромѣ Ревеля) корроборація или ингроссація не требуются безусловно"— что несомнѣнно недопустимо въ виду § 1 вышеуказаннаго закона 1889 г.

1) Общій принципъ, высказанный ст. 3016, остался въ силѣ: „внутреннихъ недостатковъ сдѣлки корроборація не устраняетъ, и актъ, недѣйствительный по своему содержанію, не пріобрѣтаетъ черезъ нее никакой силы". Недостатки по отношенію къ праву собственности могутъ быть устранены посредствомъ „прокламы" (3019) и въ силу срочнаго года (3018). Но дѣйствительность залоговаго права, поставленная въ зависимость отъ существованія требованія (1339), не можетъ быть спасена ни „прокламой", которая не имѣетъ значенія для отношеній контрагентовъ между собой, ни срочнымъ годомъ, по истеченіи котораго стороны все-таки могутъ еще заключить pactum de non petendo, разрывающее также вещное обезпеченіе. Такимъ образомъ въ настоящее время въ остзейскомъ краѣ возможно для debitor cessus предъявленіе всѣхъ возраженій противъ цессіонарія, пріобрѣвшаго на основаніи книги вмѣстѣ съ залогомъ (3476) требованіе, оказавшееся впослѣдствіи недѣйствительнымъ или отсроченнымъ (1340). Этимъ значительно умаляется роль крѣпостныхъ книгъ, какъ обзора ипотечныхъ правоотношеній. Въ защиту достовѣрности реестра выступаетъ одна статья 1598, основанная на прежнихъ узаконеніяхъ, имѣвшихъ въ виду дореформенныя публичныя ипотеки. Болѣе стройную — въ сравненіи съ нынѣшнимъ положеніемъ — картину, представлялъ проектъ, составленный Бунге въ 1864 г. (Entwurf einer Grund- und Hypothekenordnung für Liv-, Est- und Curland), благодаря § 16.

регистраціи [1]). Нормальнымъ типомъ ипотеки на недвижимость въ этихъ законодательствахъ является залоговое право, установляемое между кредиторомъ и должникомъ, на основаніи связывающаго ихъ личнаго правоотношенія, участь котораго отражается впослѣдствіи и на вещномъ правѣ; а если въ рукахъ третьяго лица залоговое право и можетъ очутиться безъ соотвѣтствующаго личнаго требованія, то это не потому, что законодатель усматриваетъ въ этомъ отрѣшеніи вещнаго права отъ первоначальнаго обязательства какое нибудь принципіальное преимущество, а только потому, что подобное отступленіе отъ принципа „nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet“ необходимо въ интересахъ достовѣрности крѣпостной записи. Но тѣмъ не менѣе въ терминологіи этихъ законодательствъ чувствуется какая то нерѣшимость, какое то колебаніе во взглядахъ на сущность и на внутренній характеръ залоговаго права. На ряду съ романистическими опредѣленіями встрѣчаются термины, правильность которыхъ врядъ ли можно отстаивать съ точки зрѣнія римской догматики. Въ Саксоніи и въ Баваріи употребляется слово „внесенное требованіе“ [2]), „залоговое требованіе“ [3]) въ смыслѣ залоговаго права; и изъ этого можно было бы пожалуй вывести, что законодатель въ этихъ государствахъ какъ будто признаетъ за вещнымъ правомъ функцію личнаго. У Римлянъ

---

1) Ср. Regelsberger, Bayerisches Hypothekenrecht, стр. 140.

2) „Eingetragene Forderung“ въ смыслѣ залоговаго права см. §§ 440, 459, 462 Саксонскаго Уложенія. Наоборотъ въ §§ 437, 454 терминъ этотъ обозначаетъ обезпеченное обязательство.

3) „Hypothekforderung“ въ § 43 баварскаго закона 1822 г. — Болѣе выдержана терминологія въ вюртембергскомъ законѣ 1825 г., гдѣ вещному праву противопоставляется „die versicherte Forderung“. Ср. §§ 1, 72, 86, 90.

залогъ давалъ только право на удовлетвореніе изъ продажи заложенной вещи; право же на дѣйствіе должника было тѣсно связано съ личнымъ требованіемъ. Въ саксонскомъ [1]) и баварскомъ законодательствѣ наоборотъ отвѣтственности владѣльца заложенной вещи, о которой была рѣчь выше, соотвѣтствуетъ въ рукахъ кредитора залоговое право, которое какъ будто призвано побуждать залогодателя или его преемника къ извѣстному дѣйствію, т. е. къ уплатѣ. При такомъ построеніи залоговое право повидимому узурпируетъ роль личнаго требованія и до извѣстной степени уничтожаетъ его значеніе [2]).

Въ этихъ явленіяхъ можно конечно усмотрѣть лишь смутные и нечаянные проблески новаго взгляда въ области ипотечнаго права; мекленбургскому же законодательству суждено было выставить его съ бо́льшей ясностью.

Извѣстно, что въ глазахъ общественнаго мнѣнія Германіи мекленбургское ипотечное законодательство получило

---

1) Терминологія саксонскаго уложенія имѣла несомнѣнное вліяніе на редакцію статей остзейскаго Свода; ст. 1578 послѣдняго говоритъ объ „Ingrossation der Forderung", тогда какъ правильное выраженіе содержитъ ст. 1569, предписывающая „Eintragung der Hypothek". Только этимъ смѣшеніемъ терминовъ можно объяснить ст. 3636, изъемлющую изъ дѣйствія давности „требованія, внесенныя въ книги"; она несомнѣнно имѣетъ въ виду залоговое право, а не личный искъ, какъ это впрочемъ явствуетъ изъ ст. 1597. Въ одномъ лишь Ревелѣ можно было до 1889 г. — въ силу отмѣненной теперь ст. 1579 — говорить о внесеннымъ требованіи, какъ о залоговомъ правѣ, въ виду того, что тамъ отъ кредитора зависѣло превращеніе личнаго иска въ вещный, посредствомъ одной только записи и безъ всякаго согласія на то собственника данной недвижимости, такъ что въ сущности предметомъ внесенія являлось не залоговое право, а требованіе.

2) Къ такой конструкціи былъ уже склоненъ Schmidt, Grundsätze des gemeinen und preussischen Pfandrechts (1840), стр. 4, но онъ для прусскаго права тѣмъ не менѣе не рѣшался отрицать подчиненіе залога требованію, стр. 135 сл.

во второй половинѣ нашего столѣтія то значеніе, которое прусское имѣло въ началѣ вѣка: оно пріобрѣло репутацію образцоваго порядка, достойнаго подраженія [1]). Такимъ же престижемъ были окружены бременскіе ипотечные [2]) законы, главнымъ образомъ благодаря залоговымъ свидѣтельствамъ или Handfesten, выдаваемымъ собственнику для заклада кредитору и представляющимъ очевидно серьезныя удобства [3]). Но въ Бременѣ нѣтъ принципіальнаго уклоненія отъ ученія о придаточности; Handfeste сама по себѣ не создаетъ залоговаго права; послѣднее возникаетъ лишь по пріобрѣтеніи со стороны кредитора опредѣленнаго требованія противъ залогодателя [4]), и Handfeste можетъ переходить къ новому кредитору только вмѣстѣ съ этимъ требованіемъ [5]).

Наоборотъ нововведеніе меклембургскаго права означаетъ крупный поворотъ въ области теоріи.

Насъ прежде всего поражаетъ пестрота [6]) ипотечнаго законодательства въ Мекленбургскихъ Герцогствахъ, кото-

---

1) См. Stobbe, Deutsches Privatrecht II (3-е изд.) § 147.

2) См. Mascher, Das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen, стр. 380 сл., 396 сл.

3) Ср. Heineken, Bremische Einrichtungen zur Beförderung de Credits въ Archiv f. civ. Praxis, T. XXII, стр. 87 сл.

4) Erbe- und Handfesten-Ordnung der freien Hansestadt Bremen, 30 іюл 1860 г. § 113: Wird einem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung eine Handfeste ... eingehändigt. — Ср. кромѣ того Post, Entwur eines gem. deutschen und hansestadt-bremischen Privatrechts III, стр. 113.

5) Зак. 30 іюля 1860 г. § 119: Der Inhaber einer Handfeste kann dieselbe auch bis zu dem Betrage, wofür sie ihm versetzt ist, an Andere weiter verpfänden, dies jedoch nur zugleich mit der Forderung selbst, wofür ihm die Handfeste haftet. — Въ Любекѣ новая Hypotheken-Ordnung 11 мая 1880 г. не измѣнила прежняго характера залоговаго права. См. § 14 названнаго закона (и по этому поводу ср. еще Duhn, Deutschrechtliche Arbeiten, стр. 97 сл.). Какъ на нововведеніе можно однако указать на § 41, допускающій ипотеку собственника.

6) Наглядную картину этой пестроты даетъ Stobbe, Deutsches Privatrecht II, 1 въ таблицахъ на стр. 136 сл.

рой впрочемъ суждено исчезнуть по наступленіи будущаго столѣтія. Встрѣчаются тамъ особые уставы для отдѣльныхъ городовъ и отдѣльныхъ категорій недвижимостей; но первое мѣсто по вліянію на другія кодификаціи Германіи принадлежитъ несомнѣнно ипотечному уставу для вотчинъ 18 окт. 1848 г., получившему силу закона въ обоихъ Герцогствахъ. До него залоговое право помѣщичьихъ участковъ нормировалось положеніемъ 12 окт. 1819 г., вызваннымъ учрежденіемъ дворянскаго кредитнаго общества [1]); въ немъ излагалась система, напоминающая характеръ ипотеки прусскаго Landrecht въ смыслѣ подчиненія матеріальнаго права требованіямъ крѣпостной регистраціи. Но въ этомъ законѣ уже проглядываетъ подчеркиваніе реальнаго характера вещнаго обезпеченія въ роли самоцѣли. Въ § 38 этого закона мы читаемъ: „Jedes solchermassen eingerichtetes Hypothekenbuch gehört dem Gute an und nicht der Person des derzeitigen Besitzers, mithin ohne alle Rücksicht auf die mit diesem vorgehenden Veränderungen“. Эта обособленность реальнаго момента получила свое примѣненіе лишь въ уставѣ 1848 г. Послѣдній къ только что цитированному положенію присокупляетъ еще слѣдующія слова (§ 16, I): „Demnach werden durch die Eintragungen keine blosse Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung der die Eintragung Beantragenden, vielmehr selbständige dingliche Belastungen des Guts existent“. Здѣсь высказывается въ видѣ принципа то, что по прусскому праву было возможно лишь вслѣдствіе недѣйствительности требованія или вслѣдствіе несвоевременнаго погашенія ипотеки въ крѣпостной книгѣ. Мекленъ-

1) Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, стр. 14.

бургскій же законъ, не отрицая конечно допустимости случаевъ, гдѣ ипотека служитъ извѣстному требованію, успѣвшему возникнуть до записи, даетъ тѣмъ не менѣе ясно понять, что подобное соотношеніе не есть conditio sine qua non для существованія залоговаго права [1]). Послѣднее предполагаетъ только согласіе со стороны собственника на обремененіе его недвижимости въ размѣрѣ извѣстной суммы и на опредѣленный срокъ [2]). Это согласіе собственника является большей частью результатомъ договора съ кредиторомъ, — мы говоримъ большей частью потому, что возможна запись на основаніи односторонняго animus donandi закладчика. Но обмѣнъ волеизъявленій неоднократно не оставляетъ другихъ конкретныхъ слѣдовъ кромѣ самого заклада вещи; обязательство, для котораго такимъ образомъ устанавливается вещное право, можетъ скрыться въ самомъ залоговомъ актѣ, упоминающемъ только объ обремененіи недвижимости, безъ указанія на обязательственное отношеніе, которымъ оно было вызвано.

Это исчезновеніе личнаго [3]) момента бо́льшей частью

1) Законъ 18 окт. 1848 г. ст. 16 II. Der Antrag auf Eintragung ist durch eine solche persönliche Verhaftung nicht nothwendig bedingt, vielmehr solcherhalb Alles einer Vereinbarung der Betheiligten überlassen. Ср. Meibom, Mecklenb. Hypothekenrecht § 13.

2) Требуется только изъявленіе, чтобы обремененіе носило ипотечный характеръ. § 12: Jede Eintragung erfordert ein das rechtliche Verhältniss der zu intabulirenden Belastung des Guts angebende Urkunde. Es muss die Eintragung enthalten: a) den Betrag des eingetragenen Rechts in einer bestimmten Kapitalsumme; b) den Tag der Eintragung; c) den Namen dessen, auf welchen sie erfolgt; d) die Zeitbestimmungen oder Bedingung; e) den Zinsenfuss.

3) Личную отвѣтственность закладчика составители проекта хотѣли первоначально поставить въ зависимость отъ обладанія вещью съ тѣмъ, чтобы она ipso jure прекращалась по переходѣ участка въ другія руки. Ср. Tschierpe, Erörterungen стр. 101. Но при окончательной редакціи закона эта мысль была оставлена и получился нынѣ дѣйствующій § 16 III: Ein späterer

не противорѣчитъ интересамъ жизни, такъ какъ займы, обезпеченные вотчинами, имѣютъ свое основаніе не въ кредитоспособности владѣльца, а почти исключительно въ стоимости имѣнія. Съ теоретической же точки зрѣнія врядъ ли можно говорить здѣсь о придаточности [1]) въ виду того, что возникаетъ одинокое залоговое право, не сопровождающее личнаго требованія. Законодатель въ Мекленбургѣ не запрещаетъ конечно удержанія личной отвѣтственности по правоотношенію, превратившемуся въ залоговую сдѣлку, и не препятствуетъ установленію этой отвѣтственности рядомъ съ вещнымъ обезпеченіемъ. Но вліяніе этого личнаго требованія — и моментовъ его ограничивающихъ — на вещное право крайне незначительно. Во первыхъ нужно отмѣтить, что и здѣсь, по переходѣ залоговаго права въ руки новаго залогодержателя, должникъ не имѣетъ противъ послѣдняго ни одного изъ возраженій, которыя онъ могъ бы имѣть противъ первоначальнаго контрагента [2]). Преемникъ перваго залогодержателя считается имѣющимъ право осуществлять ипотечный искъ только потому, что ему передана залоговая квитанція или Hypothekenschein [3]). Даже если его преемникъ вдобавокъ былъ

Eigenthümer des Guts ist als solcher für seine Person nicht verhaftet.“ Но прежній собственникъ остается лично отвѣтственнымъ, если между нимъ и залогодержателемъ существуетъ обязательственное правоотношеніе.

1) Ср. по этому поводу рѣшеніе Ростокскаго Oberlandesgerichts, приведенное у Kühlewein, Ergänzungsband zu Meibom's Mecklenb. Hypothekenrecht. Leipzig, (1889) стр. 22.

2) § 27 I: Wider einen neuen Inhaber, der sich als solcher rechtsgehörig legitimirt und sich im Besitze des Hypothekenscheines befindet . . . stehen dem Schuldner überall keine Einwendungen gegen den ursprünglichen Rechtsbestand der eingetragenen Forderung zu, und sind zu Gunsten derselben alle . . . Einreden ausgeschlossen.

3) Искъ закладодержателя (первоначальнаго, какъ и всѣхъ другихъ) основанъ на обладаніи Hypothekenschein'a. Ср. заглавіе отдѣла V закона

еще личнымъ кредиторомъ залогодателя, передача долговаго акта здѣсь, въ отличіе отъ прусскаго права [1]), необязательна [2]). Мекленбургская практика даже пришла къ результату, что такое не переданное личное требованіе — въ случаѣ пріобрѣтенія залоговаго права новымъ лицомъ — уничтожается [3]) въ рукахъ перваго кредитора. Какъ видно, здѣсь переходъ вещнаго права не поставленъ въ зависимость отъ пріобрѣтенія обезпеченнаго требованія. Переходъ этотъ до такой степени самостоятеленъ, что ипотека можетъ по дорогѣ лишиться своего спутника и даже косвеннымъ образомъ положить конецъ его существованію. Результатъ съ точки зрѣнія римскаго права на самомъ дѣлѣ чудовищный!

Впрочемъ и въ отношеніяхъ первоначальнаго залогодержателя къ залогодателю личное требованіе, когда оно установливается сторонами, играетъ весьма скромную роль; цѣлый рядъ возраженій, могущихъ принадлежать залогодателю противъ иска, вытекающаго изъ обязательства, признаются закономъ неумѣстными, когда искъ возбужденъ на основаніи залоговой квитанціи. Женщины и несовершеннолѣтніе не могутъ въ такомъ случаѣ ссылаться на преимущества, возникающія изъ Senatus Consultum Velleianum и Macedonianum, рецепированныхъ въ Мекленбургѣ [4]). Даже для предъ-

---

1848 г.: Gerichtliches Verfahren aus Hypothekenscheinen. Въ этой квитанціи упоминается только о томъ, что данное право вытекаетъ изъ ипотечнаго обремененія, но основаніе этого обремененія не упоминается. Ср. § 13.

1) Ср. Landrecht I 20 §§ 359—397 и I 20 § 512; I 11 § 393.

2) См. § 26 IV, § 27. 18. Зак. 1848 г. Ср. у Tschierpe l. c. V 4, 13. Формуляръ передаточнаго акта: „Cedire ich meinen Hypothekenschein."

3) См. рѣшеніе, приведенное у Stobbe. Deutsches Privatrecht § 151, прим. 3.

4) § 29, IV и V.

явленія exceptio non numeratae pecuniae со стороны закладчика къ первоначальному залогодержателю установленъ тридцатидневный срокъ, по пропущеніи котораго невнесенное въ книгу возраженіе не можетъ быть предъявлено, даже когда отвѣтчикъ въ состояніи доказать другимъ способомъ фактъ неполученія упомянутыхъ въ закладной денегъ [1]). Здѣсь, какъ и въ выше указанномъ случаѣ, когда вообще отсутствуетъ моментъ личнаго обязательства, залоговое право выставляется въ видѣ самостоятельнаго вещнаго обремененія, имѣющаго свою собственную raison d'être — eine selbständige dingliche Belastung, какъ выражается законъ. Ипотекѣ вслѣдствіе этого приходится играть двойную роль: она съ одной стороны исполняетъ обязанность требованія и содержитъ для кредитора право на извѣстное дѣйствіе владѣльца заложеннаго участка [2]); а съ другой стороны она снабжена атрибутами всякаго залоговаго обезпеченія: правомъ преслѣдованія вещи въ любыхъ рукахъ и преимущественнаго удовлетворенія при стеченіи кредиторовъ [3]). Мы вернемся впослѣдствіи къ этому совмѣщенію двухъ функцій современной ипотеки. Здѣсь покамѣстъ достаточно упомянуть только объ этомъ новомъ явленіи въ области теоріи. Понятно, что не догматическое новшество, какъ таковое, способствовало популярности меклембургской ипотечной системы. Привлекательнымъ въ глазахъ юристовъ и экономистовъ остальныхъ частей Германіи явилось сходство этой ипотеки съ векселемъ, также призваннымъ замѣнять другое правоотношеніе, о которомъ упоминаетъ

1) § 29.
2) Ср. по этому поводу Meibom, Mecklenb. Hypothekenrecht § 5.
3) См. Buchka, Die Hypothek des Eigenthümers стр. 80 сл.

только Valutaclausel, и играющимъ въ современномъ мірѣ роль наиболѣе распространенной novatio. Ипотека въ только что разсмотрѣнномъ видѣ, отрѣшенная отъ своей causa, казалась въ глазахъ многихъ болѣе вѣрнымъ способомъ для привлеченія капиталовъ, чѣмъ римское залоговое право, стѣсненное своей связью съ личнымъ требованіемъ. Многіе надѣялись, что облегченіе порядка передачи залоговаго права и огражденіе пріобрѣтателя отъ возраженій со стороны должника не могли не придавать поземельному кредиту особую заманчивость, такъ какъ держателю ипотеки было сравнительно легко находить удобный сбытъ своему праву. Наконецъ удачнымъ нововведеніемъ мекленбургскаго законодательства [1]) показалось также право собственника требовать внесенія ипотечной статьи на его имя въ опредѣленномъ денежномъ размѣрѣ, для свободнаго распоряженія оной. Отъ собственника зависитъ уступить потомъ кому угодно вещное право со старшинствомъ ex tunc или сохранить за собой всѣ выгоды этого обремененія послѣ продажи участка другому лицу. Ипотека собственника получила такимъ образомъ значительное расширеніе; въ прусскомъ правѣ разрѣшалось собственнику пользоваться освободившимся мѣстомъ въ реестрѣ и только пріостанавливать дѣйствіе confusio; въ мекленбургскомъ же ему дается возможность такимъ путемъ создавать съ самаго начала ипотечный рангъ въ пользу еще неизвѣстнаго залогодержателя, а обладаніе залоговой квитанціи или Hypothekenschein позволяетъ собственнику удовлетворять въ любой моментъ свои кредитныя потребности.

1) Законъ 1848 г. § 16 IV.

Черезъ нѣсколько лѣтъ послѣ изданія ипотечнаго устава для вотчинъ, главнѣйшія его постановленія были распространены на залоговое право городовъ закономъ 21 декабря 1857 г.[1]), тогда какъ для сельскихъ участковъ, не подходящихъ подъ понятіе о вотчинахъ, было издано 12 янв. 1854 г. [2]) т. н. Domanial-Hypothekenordnung, также стоявшая за самостоятельный характеръ ипотечнаго права [3]).

Но этимъ не ограничилась область примѣненія новыхъ началъ. Эти особенности, считавшіяся преимуществомъ, обратили на себя всеобщее вниманіе въ Германіи, можетъ быть, главнымъ образомъ благодаря удовлетворительному состоянію сельскаго хозяйства въ Мекленбургѣ, которое многіе были расположены приписывать удачной нормировкѣ поземельнаго кредита, хотя весьма правдоподобно, что причины, вызвавшія эту удовлетворительность, были болѣе глубокія. Какъ бы то ни было въ Пруссіи со второй половины пятидесятыхъ годовъ мы уже встрѣчаемся съ движеніемъ въ пользу кореннаго пересмотра ипотечнаго законодательства и подражанія мекленбургскому праву [4]). Иниціатива исходила изъ палаты господъ, ближе стоящей къ нуждамъ сельскаго хозяйства, чѣмъ другое какое

1) Ср. §§ 19 и 38 т. н. Revid. Stadtbuchordnung, замѣнившей законъ 21 дек. 1829 г. Впрочемъ законъ не распространился на Висмаръ, имѣвшій свой собственный ипотечный уставъ. Ср. Stobbe, II (1896) стр. 136.

2) См. Regierungsblatt f. d. Grossherzogthum Schwerin 1854 № 2.

3) Въ этомъ законѣ хотя и нѣтъ теоретическихъ опредѣленій въ родѣ § 16 Rittersch. Hyp.-Ordnung 1848 г., но тѣмъ не менѣе отсутствуетъ моментъ придаточности. Въ пользу послѣдняго не говорятъ § 11 п. I закона и § 18 инструкціи, на которые ошибочно ссылается Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, стр. 104, 125, такъ какъ въ этихъ статьяхъ слово „Forderung“ относится къ залоговому праву, о которомъ должно быть упомянуто при внесеніи ипотечнаго обремененія для отличія его отъ другихъ вещныхъ правъ.

4) Dernburg-Hinrichs, Das preuss. Hypothekenrecht, стр. 55.

либо государственное учрежденіе. Она въ 1857 г. высказала желаніе, чтобы ипотечное обремененіе могло являться результатомъ простаго соглашенія заинтересованныхъ сторонъ съ устраненіемъ сложной провѣрки causa debendi, которая предписывалась прусскимъ правомъ [1]). Нужно къ этому прибавить, что сложность залоговаго процесса была до такой степени значительна, что по словамъ прусскихъ авторовъ [2]) было легче для кредиторовъ добиться личнаго задержанія, чѣмъ удовлетворенія по взысканію съ заложенной вещи.

Главнымъ затрудненіемъ при осуществленіи ипотечнаго права, пріобрѣтеннаго залогодержателемъ отъ перваго кредитора, являлась возможность предъявленія возраженій со стороны отвѣтчика — возраженій, не внесенныхъ въ книгу, но будто бы извѣстныхъ цессіонарію въ моментъ пріобрѣтенія требованія. Отвѣтъ истца на подобныя возраженія и установленіе его bona fides отнимали, конечно, много времени и затрудняли осуществленіе кредиторскихъ правъ, такъ что все это вмѣстѣ взятое не способствовало популярности ипотечныхъ помѣщеній капиталовъ, тѣмъ болѣе, что постоянно увеличивающееся число новыхъ промышленныхъ и торговыхъ предпріятій во второй половинѣ нынѣшняго вѣка отвлекало свободныя деньги въ другія стороны [3]). Эти соображенія излагаются въ мотивахъ прусской ипотечной коммиссіи, учрежденной въ 1869 г. вслѣдствіе выше-

---

1) Förster, Preussisches Grundbuchrecht, стр. 10 сл.

2) О значеніи, которое имѣли въ этомъ направленіи зак. 4 марта 1834 г. и конкурсный уставъ 8 мая 1855 г., см. Dernburg-Hinrichs, l. c. стр. 50.

3) Ср. по этому поводу Achilles, Die preussischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872 стр. 8 сл.

упомянутаго постановленія палаты господъ 1857 г. Но члены этой коммиссіи руководствовались не исключительно практическими соображеніями; они, какъ видно, считали себя также призванными къ разъясненію теоретическихъ затрудненій и находились вдобавокъ подъ очевиднымъ впечатлѣніемъ вышеприведенной статьи Meibom'a, появившейся въ 1860 г., гдѣ авторъ старался выставить необходимость единственнаго типа вещнаго обремененія, подъ который могли бы быть подведены всѣ сдѣлки реальнаго кредита, и предлагалъ назвать его Realschuld [1]). Слѣды этой новой терминологіи встрѣчаются именно въ проектѣ, оконченномъ коммиссіей въ 1864 г. [2]). Составители его не говорятъ уже о Pfandrecht или Hypothek [3]), а устанавливаютъ рядомъ съ понятіемъ о правѣ собственности категорію „dinglicher Rechte", къ которымъ причисляются между прочимъ и обремененія недвижимостей въ размѣрѣ извѣстной, подлежащей возвращенію, суммы. Съ точки зрѣнія кредитора право на преимущества, вытекающія изъ этого обремененія, называется „eingetragene Forderung"; для должника же возникаетъ здѣсь „eine selbständige Realobligation" [4]). Составители, какъ это видно изъ мотивовъ [5]), не отрицали

1) Jahrbuch des gem. deutschen Rechts IV, стр. 510.

2) Entwurf eines Gesetzes über das Hypothekenwesen und einer Hypothekenordnung für Preussen. Nebst Motiven. Redigirt im Justizministerium, Berlin 1864.

3) Уже въ 1836 г. v. d. Hagen, Hypothek des Eigenthümers, стр. 275 указывалъ на недостаточность прежней терминологіи вслѣдствіе особенностей залоговаго права и предсказывалъ необходимость новаго наименованія.

4) § 23. Die Eintragung einer Forderung begründet eine selbständige Realobligation dergestalt, dass das Grundstück . . . . . für die eingetragenen Kapitalsposten nebst vorbedungenen Zinsen . . . verhaftet ist. Ср. §§ 27, 28.

5) Ср. стр. 52 сл.

связи, существующей обыкновенно между вещнымъ обремененіемъ и личнымъ правоотношеніемъ; они даже предполагаютъ, что въ большинствѣ случаевъ послѣднее будетъ являться поводомъ къ установленію перваго. Но тѣмъ не менѣе проектъ не ставитъ возникновеніе этой Realobligation въ зависимость отъ существованія личнаго требованія, и это могло бы вызвать предположеніе, что когда такое личное требованіе все таки существуетъ, оно не вліяетъ на участь вещнаго права [1]). На самомъ же дѣлѣ проектъ ограждаетъ самостоятельность реальнаго обремененія въ только что указанномъ смыслѣ лишь по отношенію къ лицу, пріобрѣвшему право на Realobligation отъ первоначальнаго залогодержателя. Что же касается положенія, создаваемаго закладчику по отношенію къ этому первоначальному контрагенту до перехода права, то можно только отмѣтить сходство точки зрѣнія проекта съ системой Ландрехта; вещное право хотя и возникаетъ безъ провѣрки обезпечиваемаго обязательства, однако личное правоотношеніе все-таки отражается на реальномъ обезпеченіи: всѣ моменты, прекращающіе или пріостанавливающіе личное требованіе, имѣютъ соотвѣтствующее вліяніе на вещный искъ. Здѣсь такимъ образомъ сохранилась придаточность въ смыслѣ подчиненія одного правоотношенія другому, и понятіе о Realobligation является въ этихъ случаяхъ равносильнымъ акцессорной ипотекѣ стараго порядка, съ той только раз-

1) § 23. Die Realobligation ist nicht an die Existenz und Rechtsgültigkeit, sowie den Fortbestand des zu Grunde liegenden persönlichen Anspruchs gebunden, der ihr zu Grunde liegende Rechtsgrund — der Titel des persönlichen Anspruchs — berührt vielmehr das dingliche Recht nur in so weit, dass Einwendungen gegen den ursprünglichen Gläubiger und dessen Cessionar im bösen Glauben gegenüber daraus hergeleitet werden dürfen.

ницей, что здѣсь залоговое право принципіально получаетъ значеніе права на дѣйствіе со стороны должника, права на уплату извѣстной суммы.

Проектъ былъ встрѣченъ безъ особаго сочувствія со стороны прусскихъ юристовъ [1]), не вслѣдствіе какихъ нибудь теоретическихъ соображеній, а главнымъ образомъ потому, что допущеніе возраженій противъ внесеннаго въ книгу права мало способствовало обращаемости ипотеки. Вскорѣ послѣ этого возникъ Сѣверо-Германскій Союзъ, вызвавшій надежду на болѣе широкую кодификацію ипотечнаго права. Первый верховный органъ объединенныхъ территорій даже назначилъ коммиссію съ цѣлью изслѣдованія экономическаго положенія страны, и на нее между прочимъ возложена обязанность выяснить желательныя реформы въ области ипотечнаго кредита. По этому поводу одинъ изъ вызванныхъ коммиссіей докладчиковъ, Ласкеръ, высказался въ пользу необходимости установленія реальнаго обремененія безъ личной отвѣтственности собственника недвижимости [2]). Этотъ вопросъ былъ затронутъ уже раньше другимъ лицомъ, также выслушаннымъ въ коммиссіи, а именно проф. Беккеромъ, который въ обратившей на себя вниманіе брюшюрѣ [3]) требовалъ правительственной организаціи поземельнаго кредита и по этому поводу касался также чисто юридической стороны вопроса: онъ указывалъ на контрастъ, вызванный сохране-

1) Такъ напр. Hartmann, Das preuss. Immobiliar-Sachenrecht und dessen Reform (1869) стр. 12 сл.

2) См. Stenographischer Bericht über die Verhandlungen des Ausschusses des Bundesrathes des Norddeutschen Bundes für Handel und Verkehr betreffend die Enquete über das Hypotheken- und Bankwesen (Berlin 1868) стр. 16 и 19.

3) Bekker, Reform des Hypothekenwesens (1867).

ніемъ римской придаточности рядомъ съ принципомъ книжной достовѣрности и на положеніе, создаваемое негласностью личнаго обязательства, не обнаруживающагося въ крѣпостной книгѣ, но вліяющаго тѣмъ не менѣе на участь вещнаго права. Онъ предлагалъ [1]) устранить этотъ разладъ посредствомъ установленія новаго института поземельныхъ долговъ, который давалъ бы управомоченному лицу воздѣйствіе на недвижимость, въ смыслѣ полученія извѣстной части ея стоимости вполнѣ независимо отъ личности ея обладателя. Въ этой брошюрѣ [2]) впервые для обозначенія такого вида обремененія появилось слово „Grundschuld“ [3]), которому суждено было войти впослѣдствіи въ терминологію прусскаго и общегерманскаго законодательства.

Однако предполагаемыя реформы не осуществились въ столь широкихъ размѣрахъ [4]) и въ концѣ шестидесятыхъ годовъ прусскому правительству пришлось вернуться опять къ нормировкѣ ипотечнаго права въ предѣлахъ одного королевства. Новый проектъ 1869 г., составленный по иниціативѣ министра Леонхардта [5]), поражаетъ прежде всего читателя тѣмъ, что онъ возвращается къ прежней терминологіи [6]): вмѣсто Realobligation встрѣчается старое названіе Hypothek [7]), могущее вызвать предположеніе, что здѣсь идетъ рѣчь

---

1) Тамъ же стр. 44 сл., 73 сл.

2) Стр. 14 сл.

3) Въ русскомъ изданіи Устава прусскаго акціонернаго ипотечнаго банка, составленномъ Комитетомъ Съѣздовъ предст. учрежденій русскихъ земельныхъ банковъ (1894), Grundschuld переводится „основная ипотечная запись“. (!)

4) Ср. Dernburg-Hinrichs l. c., стр. 58.

5) Die preussischen Gesetzentwürfe über Grundeigenthum und Hypothekenrecht nebst Motiven. Berlin, 1869.

6) § 20. Die Eintragung einer Hypothek erfolgt . . .

7) Ср. Motive, стр. 48 сл.

объ обычной акцессорной гарантіи личнаго требованія. Въ сущности-же ничего подобнаго нѣтъ: проектъ содержитъ подъ видомъ ипотеки конструкцію несомнѣнно болѣе смѣлую, чѣмъ Realobligation предшествующаго Entwurf'a. Вещное право возникаетъ здѣсь безусловно въ силу простаго соглашенія безъ указанія на causa debendi [1]), при чемъ отрѣшенность отъ обязательственнаго момента обнаруживается не только при установленіи залога, но и впослѣдствіи, такъ какъ участь личнаго требованія не отражается на вещномъ правѣ; послѣднее даже въ рукахъ первоначальнаго залогодержателя не можетъ быть стѣснено возраженіями должника, основанными на личномъ правоотношеніи [2]). Проектъ допускаетъ только одно отступленіе отъ этого начала: когда залогодержатель одновременно съ вещнымъ искомъ предъявляетъ личный, то всѣ exceptiones, допускаемыя противъ послѣдняго, принимаются во вниманіе и по отношенію къ первому [3]). Это единственный случай воздѣйствія личнаго момента на вещный въ этомъ проектѣ. Составители мотивовъ прямо оговариваютъ [4]), что они не имѣли въ виду введеніе новаго типа обезпеченія, а исключительно стремились къ нормировкѣ ипотеки. Однако отъ ипотеки въ римскомъ смыслѣ осталось здѣсь только одно названіе [5]). Созданный

---

1) § 20. Die Eintragung der Hypothek erfolgt: 1) wenn der eingetragene Eigenthümer sie beantragt; einer Vorlegung der Schuldurkunde bedarf es . . . nicht . . .

2) § 40. Gegen die hypothekarische Klage sind Einreden, welche die Begründung des persönlichen Schuldverhältnisses betreffen, unzulässig . . .

3) § 41. Wird die hypothekarische Klage mit der persönlichen verbunden, so stehen dem Beklagten gegen die beiden Klagen die Einreden unbeschränkt zu.

4) Стр. 24 и 169.

5) Можно указать на неправильное пониманіе проекта со стороны Hartmann'a, Das preussische Immobiliar-Sachenrecht und dessen Reform (1869) стр. 17.

здѣсь новый институтъ, хотя и подъ старымъ ярлыкомъ, и его соотношеніе къ прежнему порядку вызвали споръ въ литературѣ. Нѣкоторые писатели, какъ Bremer [1]), требовали дополненія проекта удержаніемъ акцессорнаго залоговаго права, какъ втораго типа вещнаго обезпеченія; другіе, какъ Ziebarth [2]), наоборотъ считали созданную проектомъ Grundschuld вполнѣ достаточной, допуская рядомъ съ ней только т. н. Cautionshypothek, т. е. чисто обезпечительную сдѣлку, создающую вещное право, которое не подлежитъ обращенію [3]).

Война 1870 г. впрочемъ прервала еще разъ законодательныя работы. Новый проектъ, представленный въ парламентъ по возобновленіи законодательныхъ работъ въ 1871 г., отличался отъ предыдущаго только измѣненіями въ редакціи нѣкоторыхъ статей; ихъ содержаніе же осталось безъ перемѣнъ, такъ что и мотивы къ нимъ были представлены въ прежнемъ видѣ [4]). Они выставляли какъ основной принципъ, что залоговое право возникаетъ въ силу простаго соглашенія сторонъ; не отрицая конечно существованія обязательства, для котораго создается обезпеченіе [5]), они

---

1) Hypothek und Grundschuld (1869) стр. 87 сл.; ср. также Bähr въ Jahrbücher f. Dogmatik 1870 I.

2) Die Reform des Grundbuchrechts (1870) стр. 67 сл. Также v. Bar въ Archiv f. civ. Praxis 53, стр. 362.

3) Зародышъ этого института Ziebarth усматривалъ въ ст. 24 проекта 1869 г.: Wenn die Grösse eines künftigen Anspruchs zu Zeit der Eintragung noch unbestimmt ist (Cautions-Hypotheken), so muss der Schuldgrund und der höchste Betrag eingetragen werden, bis zu welchem das Grundstück haften soll. Объ этомъ см. ниже стр. 157.

4) Ср. Die preuss. Gesetzentwürfe über Grundeigenthum und Hypothekenrecht nebst Motiven 1869, стр. 48 сл. и Die preussischen Grundbuch- und Hypothekengesetze vom 5. Mai 1872 nebst Materialien (изд. Werner) 1872 Th. II стр. 21 сл.

5) Ср. Förster, Preussisches Grundbuchrecht стр. 138.

предполагали, что это обязательство имѣется только въ виду какъ цѣль при установленіи залога, а отнюдь не можетъ считаться моментомъ, обусловливающимъ существованіе и дѣйствительность вещнаго права [1]). При построеніи такого самостоятельнаго и юридически независимаго отъ личнаго требованія правоотношенія составители мотивовъ имѣли передъ глазами аналогію векселя, при которомъ, по ихъ взгляду, должникъ отказывается отъ возраженій, не вытекающихъ изъ самого вексельнаго бланка. Вслѣдствіе этого составители предполагали, что и при залогѣ залогодатель, какъ будто, безмолвно объявляетъ о своемъ нежеланіи пользоваться тѣми средствами защиты, которыя онъ могъ бы найти въ личномъ обязательствѣ [2]). Но по этому поводу мотивы упускаютъ изъ виду, что такой от-

---

1) Мотивы (у Werner'a, стр. 22): Wenn nun die einzelne Hypothek . . . nothwendig das Ziel hat, dass der bestimmte Schuldner ein empfangenes oder creditirtes Capital . . . . zurückzahle . . mithin deshalb die Hypothek ohne unterliegende Schuldverbindlichkeit schlechthin nicht denkbar ist, so muss das Dogma von der Selbständigkeit der Hypothek, wenn es überhaupt einen Sinn haben soll, etwas Anderes, als ihre gänzliche Beziehungslosigkeit zu einem Schuldverhältnisse bedeuten . . . Die Gültigkeit der Hypothek soll nicht mehr von der Gültigkeit der Schuld abhängen . . . . Das führt dazu das Schicksal der Hypothek im Verkehr, obschon sie nur zur Sicherheit einer Obligation . . . . bestellt werden kann, dennoch in ihrem Fortbestehen, insbesondere in ihrer Verfolgbarkeit, von dem Schicksal dieser Obligation wirklich unabhängig zu machen. Hierin liegt allein das Richtige des Bestrebens der Hypothek Selbständigkeit zu geben.

2) Мотивы (Werner l. c.): „Wenn der Besitzer eines Grundstücks eine Hypothek für eine Schuld bewilligt, so liegt in dieser Bewilligung ein Verzicht auf alle Einreden, welche aus der Entstehung des persönlichen Schuldverhältnisses entnommen gegen die Rechtsbeständigkeit der Hypothek gerichtet werden könnten . . . Eine Analogie bietet der Wechsel. Wenn ein Wechsel ausgestellt wird, um die Erfüllung einer materiellen Schuldverbindlichkeit strenger zu sichern, so hat die Ausstellung eines solchen Wechsels den Charakter einer successorischen Stipulation; nichtsdestoweniger ist die Existenz des Wechsels eine durchaus selbständige, durch Einreden aus der Schuld nicht anfechtbar . . . .

казъ со стороны векселедателя имѣетъ мѣсто только тогда, когда вексель написанъ съ цѣлью произвести novatio, уничтожающую прежнее обязательство; въ остальныхъ случаяхъ внѣвексельная связь между контрагентами не разрывается и германскій вексельный уставъ [1]) прямо разрѣшаетъ векселедателю пользоваться противъ непосредственнаго векселепринимателя всѣми тѣми возраженіями, которыя онъ имѣетъ лично противъ него и которыя въ нашей литературѣ удачно были названы возраженіями изъ подъ векселя [2]). Конечно весьма часто будетъ нелегко установить соотношеніе между этой обязательственной связью и вексельнымъ платежемъ, особенно когда нѣтъ упоминанія о валютѣ на бланкѣ, но это вопросъ фактическій, который при опредѣленіи юридическаго характера отвѣтственности векселедателя рѣшающаго значенія не имѣетъ. И вотъ эта мнимая [3]) аналогія съ векселемъ побудила составителей проекта требовать для возникновенія залога только соглашенія сторонъ [4]), при чемъ всякое возраженіе изъ обязательства не допускается противъ иска изъ залога. Эта форма обремененія въ проектѣ 1871 г.[5]), какъ и 1869 г., считается

---

1) Ст. 82.

2) См. Цитовичъ, Курсъ вексельнаго права, стр. 330.

3) Ср. Leo Sternberg, Meditationes discontinuae über die Realcreditfrage (Berlin 1872) стр. 236.

4) Безъ указанія на обезпечиваемое обязательство. Мотивы стр. 23: Wenn die Bewilligung der Hypothek seitens des Grundeigenthümers der alleinige Rechtsgrund der Eintragung ist, wenn die eingetragene Hypothek nicht mehr anfechtbar ist durch Einreden aus dem durch sie gesicherten Schuldverhältniss, so bedarf es einer Aufdeckung des letzteren, einer Eintragung des Schuldgrundes nicht mehr.

5) Ср. § 15 проекта: Das Hypothekenrecht entsteht durch die auf Grund der Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers erfolgte Eintragung im Grundbuch. § 16. Der Bewilligung des Eigenthümers steht gleich: 1) wenn der Gläubiger auf Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses, durch welches

нормальной; но составители тѣмъ не менѣе чувствовали, что эта форма ипотечнаго обезпеченія не исчерпываетъ всѣхъ встрѣчающихся въ жизни явленій. Залогъ не всегда означаетъ для владѣльца обремененной недвижимости безусловную обязанность платить въ извѣстный срокъ капиталъ и проценты опредѣленнаго размѣра.

Рядомъ съ такими обезпеченіями заемныхъ сдѣлокъ залогъ устанавливается какъ условное обѣщаніе допустить взысканіе противъ недвижимости, если извѣстное обязательство не будетъ исполнено. Въ такихъ случаяхъ не только одинъ должникъ дорожитъ подчиненіемъ вещнаго права личному требованію, но и кредиторъ съ своей стороны не заинтересованъ въ уничтоженіи этой связи, такъ какъ для него желательнымъ является прежде всего не полученіе опредѣленной стоимости изъ недвижимости, а скорѣе совершеніе того дѣйствія, которому обязался должникъ. Это дѣйствіе имѣется въ виду залогодержателемъ, и если исполненіе обязательства либо исключается, либо отсрочивается, то понятно, что моменты, касающіеся личной связи контрагентовъ, не могутъ быть чужды залоговому праву: все, что прекращаетъ или пріостанавливаетъ первое правоотношеніе, имѣетъ соотвѣтствующее вліяніе на второе. Отъ составителей проекта не ускользнула неизбѣжность такихъ сдѣлокъ, устанавливающихъ залоговое право, не призванное къ самостоятельному обращенію на денежномъ рынкѣ, и они рѣшились допустить рядомъ съ отвлеченной ипотекой вещное обремене-

---

der eingetragene Eigenthümer zur Bestellung der Hypothek verurtheilt worden ist, die Eintragung beantragt; 2) wenn eine gesetzlich dazu befugte Behörde gegen den eingetragenen Eigenthümer die Eintragung nachsucht. Ср. § 21.

ніе въ только что указанномъ смыслѣ, т. е. залогъ для установленія котораго необходимо указаніе на основное правоотношеніе и противъ котораго допускаются всѣ возраженія, вытекающія изъ личной связи залогодержателя съ залогодателемъ.

Къ сожалѣнію прусскій проектъ, подъ очевиднымъ вліяніемъ мекленбургскаго права [1]), отождествилъ эту акцессорную ипотеку съ залогомъ въ пользу требованія, размѣръ котораго еще не опредѣленъ и которое вслѣдствіе этого вносится въ книгу въ видѣ предполагаемой максимальной суммы. Но связь между этими двумя понятіями нельзя назвать удачной уже потому, что акцессорность вещнаго обезпеченія не всегда предполагаетъ неизвѣстность защищаемаго денежнаго интереса. Можно установить напр. залогъ для того, чтобы обезпечить обязательство изъ запродажи, изъ поставки или подряда, и при этомъ намѣреніе сторонъ направлено къ допущенію залоговаго иска лишь въ случаѣ неисполненія установленнаго обязательства, такъ что всякая юридическая задержка въ осуществленіи личнаго требованія отражается на вчинаніи вещнаго иска. Но размѣръ требованія можетъ быть опредѣленъ съ самаго начала; впослѣдствіи, конечно, не исключена возможность частичнаго удовлетворенія, такъ что залогъ будетъ тогда служить только обезпеченіемъ для непокры-

1) См. уже Mecklenb. Hyp.-Ordnung 1819 г. § 12: Alle ins Hypothekenbuch einzuschreibende Pöste müssen auf namhafte Quanta gehen. Wenn also Ansprüche vorkommen, von deren Gegenstand der wirkliche Verlauf noch unbekannt ist, so müssen die Interessenten dabei sich über ein in Zahlen auszudrückendes Quantum des Ultimatums der Schuld eins sein, oder gerichtliche Bestimmung erwirkt haben. Eher kann keine Einschreibung geschehen. Такая необходимость опредѣленности денежнаго интереса являлась въ Пруссіи нововведеніемъ, см. Allg. Landrecht I 20 § 14.

таго остатка. Такое явленіе однако возможно и при обыкновенной ипотекѣ проекта, содержащей отвлеченное обѣщаніе, въ томъ случаѣ, когда должникъ уплачиваетъ добровольно часть занятыхъ денегъ. Такимъ образомъ слѣдуетъ искать грань между ипотекой, созданной для обращенія, и залоговымъ правомъ, называемымъ въ проектѣ Cautionshypothek [1]), не въ опредѣленности размѣра[2]) требованія, а только въ соотношеніи вещнаго права и личнаго. Но не смотря на неправильное разграниченіе понятій, проектъ тѣмъ не менѣе въ видѣ Cautionshypothek допускалъ случаи, гдѣ залоговое право ставится въ зависимость отъ обязательства [3]), и тѣмъ самымъ разрывалъ единство ученія объ ипотекѣ, выставляемой въ немъ какъ обѣщаніе уплаты извѣстной суммы, дающее вмѣстѣ съ тѣмъ кредитору всѣ преимущества, которыя связываются обыкновенно съ понятіемъ о вещномъ искѣ. И эта хотя бы и искаженная двойственность не могла не остановить вниманія коммиссіи палаты господъ, куда былъ внесенъ правительственный проектъ. Ея члены, не смотря на то, что они принадлежали къ сферамъ, возбудившимъ вопросъ о пересмотрѣ ипотечнаго законодательства, нашли реформу слиш-

---

1) Ст. 21 проекта: Wenn die Grösse eines Anspruchs zur Zeit der Eintragung noch unbestimmt ist (Cautions-Hypothek), so muss der Schuldgrund und der höchste Betrag eingetragen werden.

2) Ср. Мотивы (стр. 23). „Es ist zu bemerken, dass bei der Eintragung Kautions-Hypotheken von der Angabe des Schuldgrundes nicht abgesehen darf, weil solche Hypetheken nur eventuelle Rechte geben und dies durch die Eintragung ersichtlich gemacht werden muss. Здѣсь правильно указано на моментъ, дѣлающій необходимымъ этотъ второй типъ ипотеки. Но этотъ моментъ не связанъ безусловно съ неопредѣленностью денежнаго размѣра требованія, которая выставляется въ ст. 21 проекта.

3) Ст. 35 правительственнаго проекта: Die hypothekarische Klage aus einer für einen, dem Betrage nach ungewissen, Anspruch eingetragenen Hypothek bedarf der Begründung aus dem persönlichen Schuldverhältniss. Gegen diese Klage stehen dem Beklagten die Einreden unbeschränkt zu.

комъ крутой[1]) и предложили раздвоить ипотечныя обремененія на два типа, съ присвоеніемъ названія „Grundschuld“ отвлеченному залоговому праву, какъ оно излагалось въ проектѣ, а подъ названіе „Hypothek“ должны были быть подведены всѣ остальныя вещныя обремененія, вносимыя въ книгу въ связи съ опредѣленнымъ требованіемъ и остающіяся до своего окончательнаго погашенія въ зависимости отъ этой связи. При такой формулировкѣ Cautionshypothek должна была бы занимать мѣсто подвида ипотеки, какъ обезпеченіе еще не окончательно установившагося денежнаго интереса. Если бы коммиссія палаты господъ на этомъ останавилась, то получился бы въ сущности довольно стройный результатъ: ипотека означала бы обремененіе съ указаніемъ на правоосновапіе, при чемъ для осуществленія иска понадобилось бы со стороны истца установленіе тѣхъ моментовъ, въ зависимость отъ которыхъ поставлено обращеніе взысканія на недвижимость, и кромѣ того допускались бы противъ залогодержателя и его преемниковъ всѣ возраженія, порожденныя личной связью контрагентовъ; Grundschuld же являлась бы особенной формой реальнаго кредита, создающей въ пользу залогодержателя биржевую цѣнность въ видѣ Grundschuldbrief, противъ котораго могли бы быть предъявлены только регистрированныя въ книгѣ и отмѣченныя на залоговой квитанціи возраженія, какъ относящіяся къ самому обремененію, а не къ скрытому обязательству, вызвавшему окрѣпощеніе долга.

Но коммиссія пошла далѣе и, опредѣливши разницу

---

1) Ср. протоколы коммиссіи палаты господъ у Werner l. c. II стр. 54 сл.

между Grundschuld и Hypothek [1]), тутъ же положила начало уничтоженію этой разницы; она нашла, что Grundschuld, снабженная той строгостью, которая придавалась ипотекѣ правительственнымъ проектомъ [2]), не соотвѣтствовала потребностямъ жизни, и она рѣшилась допустить противъ иска изъ Grundschuld всѣ exceptiones, принадлежащія отвѣтчику противъ даннаго истца или вытекающія изъ обстоятельствъ, извѣстныхъ кредитору въ день пріобрѣтенія залоговаго права [3]). Такимъ образомъ открывались настежь двери всѣмъ спорамъ должника, основаннымъ на фактахъ, лежащихъ внѣ крѣпостной книги; отвѣтчикъ залогодатель могъ такимъ образомъ выставлять противъ своего контрагента все, что вытекало изъ связывающаго ихъ обязательства, а по отношенію къ преемникамъ залогодержателя онъ полу-

---

1) См. § 16 проекта коммиссіи палаты господъ: Das Recht der Hypothek und der Grundschuld entsteht durch die Eintragung im Grundbuch. § 17 Die Eintragung erfolgt: wenn der eingetragene, oder seine Eintragung gleichzeitig erlangende Eigenthümer sie bewilligt. Die Bewilligung kann mit Angabe eines Schuldgrundes geschehen (Hypothek) oder ohne Angabe eines Schuldgrundes. Im ersteren Falle muss die Schuldurkunde vorgelegt werden

2) § 34. Gegen die hypothekarische Klage sind Einreden, welche die Begründung des persönlichen Schuldverhältnisses betreffen, oder gegen das Verfügungsrecht des eingetragenen Klägers aus der Person seines Rechtsurhebers gerichtet sind, unzulässig; andere Einreden sind nur soweit zulässig, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen, oder aus dem Grundbuche sich ergeben.

3) Въ проектѣ коммиссіи § 36 уже не различаетъ возраженій изъ обезпечиваемаго правоотношенія отъ другихъ exceptiones: Gegen die Klage aus einer Grundschuld sind Einreden nur soweit zulässig, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen, oder aus dem Grundschuldbrief sich ergeben, oder die Thatsachen, auf welche sich dieselben gründen dem Kläger beim Erwerb der Grundschuld bekannt gewesen sind. По отношенію же къ ипотекѣ выставляются отдѣльно exceptiones изъ личнаго правоотношенія: Gegen die Klage aus einer Hypothek sind die Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniss, oder welche aus dem Grundbuch sich ergeben, unbeschränkt zulässig. Einreden gegen das Verfügungsrecht des Klägers aus der Person seines eingetragenen Rechtsurhebers sind ausgeschlossen.

чалъ возможность ссылаться на ихъ mala fides, т. е. на то, что имъ извѣстны были тѣ exceptiones, которыя ему принадлежали противъ цедента. Правительственный коммисаръ, Förster, однако не понялъ, что этой поправкой подготовлялось смѣшеніе понятій, и исправленный такимъ образомъ проектъ перешелъ въ палату господъ на обсужденіе. Тамъ впрочемъ раздались голоса цѣлаго ряда ораторовъ, совѣтовавшихъ отклонить вообще проектъ, даже въ его смягченной коммиссіей формѣ; многіе члены палаты прямо предлагали остаться при прежней системѣ Ландрехта, усматривая въ ней неожиданныя и дотолѣ мало извѣстныя достоинства, такъ что правительству для того, чтобы вообще спасти предлагаемую реформу пришлось опять поддержать измѣненія, вставленныя коммиссіей [1]). Только такимъ образомъ могъ быть достигнуть успѣхъ и законопроектъ въ этомъ видѣ перешелъ въ палату депутатовъ. Тамъ настроеніе большинства было совершенно иное: члены этого собранія считали новшества правительственнаго проекта въ области залоговаго права въ высшей степени отрадными и мечтали даже о распространеніи этой реформы не только на новоприсоединенныя области прусскаго королевства, гдѣ не дѣйствовалъ Ландрехтъ, но и на всю германскую Имперію [2]).

Законопроектъ касался, какъ извѣстно, не только правилъ вещнаго обремененія, но и порядка пріобрѣтенія права собственности. Здѣсь приходится говорить лишь о томъ, что относится къ характеристикѣ ипотечныхъ внесеній; и

1) Ср. протоколы засѣданій 5—7 февр. 1872 г. у Werner, стр. 64 сл.
2) Ср. протоколы засѣданій 11, 12, 19 марта l. c. стр. 117 сл.

мы видимъ, что въ этой области среди членовъ коммиссіи нижней палаты, которая предварительно разсматривала проектъ, преобладало стремленіе примкнуть къ первоначальному желанію правительства, имѣвшаго въ виду введеніе одного вида вещнаго обезпеченія. Но нежеланіе вступить въ конфликтъ съ верхней палатой побудило коммиссію къ принятію предложеннаго впослѣдствіи раздвоенія. Не безинтересно отмѣтить, что только два члена этой коммиссіи поняли настоящее значеніе, которое можно и нужно было дать Grundschuld, связывая съ этимъ понятіемъ возвращеніе къ древне-германской закладной сдѣлкѣ, при которой кредиторъ выбираетъ себѣ опредѣленный предметъ для будущаго удовлетворенія и тѣмъ самымъ отказывается отъ остальнаго имущества должника [1]). Эти члены коммиссіи предлагали, чтобы при установленіи Grundschuld обязательственное правоотношеніе не только не могло вліять на вещное право, но даже окончательно лишилось своей исковой защиты въ видѣ личнаго требованія. Отказу должника отъ возраженій изъ обязательственной связи соотвѣтствовало бы такимъ образомъ отказъ кредитора отъ личной отвѣтственности. Но эта поправка не была принята коммиссіей, въ которой, какъ и среди юристовъ того времени, господствовала увѣренность, что для улучшенія земельнаго кредита нужно было прежде всего имѣть въ виду интересы кредиторовъ, обезпеченность которыхъ должна была способствовать привлеченію свободныхъ капиталовъ. Мы только что видѣли, какъ коммиссія верхней палаты старалась смягчить Grundschuld и приблизить ее къ Hypothek; коммиссія

1) Ср. Bericht der Kommission der Abgeordneten, l. c. стр. 112.

же нижней палаты, лишенная возможности воскресить ипотеку правительственнаго проекта, постаралась въ свою очередь приблизить ипотеку къ Grundschuld. Члены этой коммиссіи нашли, что проектъ съ измѣненіями, внесенными палатой господъ, являлся отступленіемъ отъ прежняго прусскаго права, такъ какъ противъ ипотеки въ проектѣ допускались всѣ возраженія изъ обязательства безъ ограниченія, что несомнѣнно противорѣчило системѣ Ландрехта, разрѣшающаго эти exceptiones въ такомъ размѣрѣ только между первоначальными контрагентами. Въ виду этого была предложена поправка, устранявшая противъ Hypothek возраженія, либо не внесенныя въ книги, либо неизвѣстныя залогодержателю въ моментъ пріобрѣтенія залоговаго права[1]). Этимъ путемъ уничтожалась послѣдняя серьезная грань между Hypothek и Grundschuld, такъ какъ оговорка о томъ, что при ипотекѣ не внесенныя и не извѣстныя возраженія исключаются только противъ кредитора, пріобрѣвшаго залогъ возмезднымъ путемъ[2]), врядъ ли можно считать серьезнымъ отличительнымъ моментомъ между Hypothek и Grundschuld[3]). Кромѣ того коммиссія тѣмъ самымъ уничтожала значеніе чисто обезпечительной ипотеки, которая въ проектѣ палаты господъ хотя и скрывалась подъ

---

1) Получилась такимъ образомъ вмѣсто второй половины § 36 проекта коммиссіи верхней палаты слѣдующая редакція въ § 30 проекта коммиссіи нижней палаты: Gegen die Klagen aus einer Hypothek können Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniss einem Dritten, welcher ein Recht auf die Hypothek gegen Entgelt erworben hat, nur entgegengesetzt werden, wenn sie ihm vorher bekannt geworden sind oder sich aus dem Grundbuch ergeben.

2) Ср. вышеприведенный § 30.

3) См. Oberneck, Die preuss. Grundbuchgesetze (1896), стр. 163.

общимъ видомъ Hypothek[1]), но тѣмъ не менѣе могла обнаруживаться въ жизни, благодаря неограниченному допущенію возраженій изъ обязательства. Еще болѣе страннымъ является, вслѣдствіе уничтоженія всякой серьезной разницы между Hypothek и Grundschuld, положеніе, созданное для Cautionshypothek, при которой вносится только вѣроятный размѣръ требованія: если такое залоговое право переходитъ потомъ въ руки цессіонарія, то онъ въ состояніи осуществить этотъ максимальный размѣръ, не смотря на то, что долгъ фактически окажется меньше, такъ какъ должнику не всегда будетъ возможно доказать извѣстность этихъ фактическихъ моментовъ истцу[2]). Когда искалѣченный такимъ образомъ проектъ перешелъ на обсужденіе самой палаты депутатовъ, то и въ этомъ собраніи раздались голоса[3]) въ пользу сохраненія безъ перемѣнъ формулировки, выработанной верхней палатою; эти депутаты указывали на то, что разъ установлены два понятія — Grundschuld и Hypothek — съ умолчаніемъ объ обязательствѣ при первой и со внесеніемъ онаго при второй, эта разница должна имѣть вліяніе на осуществленіе одного и другаго права[4]). Но большинство было очевидно

1) Коммиссія палаты господъ, вслѣдствіе передѣлки § 34 правительственнаго проекта и замѣны его новой редакціей § 36 своего доклада, могла безъ ущерба уничтожить § 35 правительственнаго проекта.

2) Возможность этого явленія отрицается Dernburg'омъ, Preuss. Privatrecht I 836 прим. 7, но безъ достаточнаго основанія.

3) Ср. напр. рѣчь депута Bähr'a въ протоколахъ засѣданій нижней палаты у Werner'a, l. c. стр. 132.

4) При искѣ изъ Grundschuld истецъ принципіально освобожденъ отъ обязанности доказывать существованіе обезпечиваемаго обязательства; но допущеніе возраженій, основанныхъ на этомъ обязательствѣ, отождествляетъ процессъ по Grundschuld съ процессомъ по ипотекѣ. Съ другой стороны искъ изъ ипотеки можетъ легко принять видъ иска изъ

враждебно настроено противъ точки зрѣнія палаты господъ и считало желательнымъ идеаломъ вещнаго обремененія единообразіе, выставленное правительственнымъ законопроектомъ; поправка коммиссіи нижней палаты являлась въ глазахъ большинства депутатовъ возвращеніемъ къ первоначальнымъ начертаніямъ [1]) и въ качествѣ таковой была и принята [2]). Такимъ образомъ получилась въ окончательной редакціи закона [3]) мало обоснованная двойственность поземельнаго долга и ипотеки. Чтеніе этихъ статей, возникшихъ изъ компромисса, напоминаетъ о справедливости словъ, произнесенныхъ французскимъ депутатомъ въ законодательномъ собраніи 1850 г.[4]) также по поводу ипотечной реформы: „En politique les transactions sont souvent d'un heureux effet; elles réconcilient souvent des hommes sincères et estimables entre lesquels des engagements de parti ou des susceptibilités d'amour propre élevaient une barrière. Mais en législation civile il faut se garder des transactions: leur résultat est toujours d'organiser des moyens insuffisants."

Законъ 1872 г. устранилъ несомнѣнно нѣкоторыя практическія неудобства и ввелъ полезныя новшества [5]), но

Grundschuld, коль скоро возраженія, представленныя на основаніи личнаго правоотношенія, будутъ признаны неумѣстными.

1) Ср. Werner, l. c. стр. 133.

2) Законъ опубликованъ 5 мая 1872 г. подъ названіемъ: Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten.

3) Ст. 18, 19, 24, 38.

4) Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi sur les privilèges et hypothèques. (Assemblée législative. Séance du 5 avril 1850.)

5) Главнымъ образомъ въ области внесенія и передачи залоговаго права; ср. въ приложенной къ зак. 5 мая 1872 г. Grundbuchordnung §§ 78 сл., 119 сл.

онъ мало способствовалъ выясненію юридической природы современнаго залоговаго права, какъ это будетъ видно ниже.

Въ то время, какъ проводилась только что обрисованная реформа въ Пруссіи, австрійское законодательство также было занято упорядоченіемъ ипотечнаго дѣла и результатомъ работъ въ этой области явилось, какъ извѣстно, allgemeines Grundbuchgesetz 1871 г.[1]). Въ большинствѣ австрійскихъ провинцій мы находимъ уже съ конца XVIII столѣтія довольно стройную регистрацію поземельныхъ правоотношеній[2]). Но тамъ, какъ вообще въ западной Европѣ этого періода[3]), отмѣтки, внесенныя въ крѣпостныя книги, въ т. н. Landtafel, не пользовались абсолютной достовѣрностью; для записаннаго права требовалось еще истеченіе извѣстнаго срока, обыкновенно трехлѣтняго[4]). По введеніи гражд. уложенія 1811 г. эта т. н. Tabularersitzung была примѣнена и къ залоговому праву на недвижимости, такъ что послѣ трехъ лѣтъ залогодатель, получившій вещное обезпеченіе за требованіе, оказавшееся недѣйствительнымъ, охранялся отъ возраженій залогодателя, не успѣвшаго выяснить настоящее положеніе вещей въ теченіе этого времени[5]). Могло полу-

---

1) Этотъ уставъ былъ предназначенъ для тѣхъ провинцій монархіи, гдѣ уже существовала организованная крѣпостная система (ср. Einführungsgesetz § 1). О мѣстныхъ особенностяхъ нѣкоторыхъ областей см. Schimkowsky, Das allg. Grundbuchsgesetz v. 25. Juli 1871, стр. 5.

2) Ср. Exner, Das Publicitätsprincip (1870) стр. 12 сл.

3) См. выше стр. 108.

4) Exner, l. c.

5) Практика ссылалась для этого на двѣ статьи гражд. уложенія, на ст. 451, предписывающую запись ипотеки на недвижимость въ связи со ст. 1467, гласящей: „Von unbeweglichen Sachen ersitzt derjenige, auf dessen Namen sie den öffentlichen Büchern einverleibt sind, das volle Recht gegen allen Widerspruch ebenfalls durch den Verlauf von 3 Jahren."

чаться тогда залоговое право безъ обезпеченнаго обязательства, что несомнѣнно противорѣчило взгляду австрійскаго кодекса на залогъ, какъ на придаточное право [1]). Не смотря однако на усиленную романизацію австрійской кодификаціи, о которой свидѣтельствуетъ уже Codex Theresianus [2]), нужно отмѣтить, что beneficium excussionis не было рецепировано, какъ это видно изъ ст. 466[3]), вслѣдствіе чего будетъ правильнѣе, вопреки мнѣнію Demelius'a [4]), считать австрійское залоговое право просто придаточнымъ или акцессорнымъ, причисляя къ субсидіарнымъ только такую ипотеку, при которой вещный искъ можетъ быть осуществленъ лишь послѣ неудачнаго взысканія путемъ личнаго права; ст. 466 наоборотъ признаетъ за залогодержателемъ право выбора между двумя исками [5]). Изъ этого, конечно, не вытекаетъ, что, когда кредиторъ вчинаетъ вещный искъ

---

1) Ст. 447. Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen . . . . Ср. еще ст. 449, 464 и рѣшенія верховной палаты 1887 и 1888 гг. (Unger-Glaser, Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes №№ 8646, 8558, 9575).

2) (Изд. въ 1786 г.) Th. II C. XXX § 1 № 3: „Gleichwie aber ein Unterpfand zu keinem anderen Ziel und End als zur Sicherheit des Gläubigers bestellt wird, also ist auch zur Wesenheit des Pfandes erforderlich, dass eine Schuld oder sonstige Verbindlichkeit vorgehe, ohne welcher dasselbe nicht bestehen kann . . . .“

3) „Hat der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verfändeten Sache auf einen anderen übertragen, so steht dem Gläubiger frei erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner, und dann seine volle Befriedigung an der Sache zu suchen.“ Ср. Exner, Oesterr. Hypothekenrecht, стр. 229.

4) Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach oesterr. Rechte, стр. 104 сл.

5) Это слѣдуетъ еще изъ сопоставленія ст. 466 bürg. Gesetzbuch съ соотвѣтствующими положеніями процессуальнаго права. Ср. Ellinger, Handbuch des oesterr. allg. Civilrechtes (1877), стр. 232.

противъ третьяго владѣльца заложенной вещи, этотъ искъ получаетъ абстрактный характеръ въ томъ смыслѣ, что противъ него отвѣтчикъ въ данномъ случаѣ не можетъ защищаться возраженіями, основанными на личномъ отношеніи, существующемъ между залогодателемъ и залогодержателемъ. Такое толкованіе, встрѣчающееся въ австрійской литературѣ [1]), является несомнѣнной натяжкой и противорѣчитъ общему ученію объ австрійской ипотекѣ, установляемой въ пользу опредѣленнаго требованія и поставленной въ зависимость отъ осуществимости и дѣйствительности послѣдняго [2]).

Во всякомъ случаѣ можно и помимо такого толкованія доказать наличность колебаній въ этой области австрійскаго права. Рядомъ съ только что приведенными опредѣленіями, изъ которыхъ явствуетъ если не субсидіарность, то во всякомъ случаѣ придаточность залоговаго права, и не смотря на то, что крѣпостныя статьи не были снабжены непосредственной достовѣрностью въ пользу третьихъ лицъ, мы тѣмъ не менѣе встрѣчаемъ въ австрійскомъ кодексѣ положенія, которыя уже находили въ другихъ законодательствахъ въ связи съ обязательностью регистраціи [3]) и которыя вкрались въ уложеніе 1811 г. подъ вліяніемъ прусскаго Ландрехта. Въ кодексѣ габсбургской монархіи однако не выставленъ тотъ общій принципъ, изъ котораго эти положенія вытекаютъ, вслѣдствіе чего они какъ будто лишены вну-

1) Exner, Oesterreichisches Hypothekenrecht, стр. 225 сл.

2) См. ст. 447, 449 Уложенія.

3) Ст. 451. Um das Pfandrecht wirklich zu erwerben, muss der mit einem Titel versehene Gläubiger, wenn sie (die verpfändete Sache) unbeweglich ist, seine Forderung auf die zur Erwerbung des Eigenthums liegender Güter vorgeschriebene Art einverleiben lassen.

тренней связи и производятъ впечатлѣніе незаконченнаго ученія; въ качествѣ анормальности они давно[1]) уже останавливаютъ вниманіе изслѣдователей. Ст. 1443 гражданскаго уложенія постановляетъ, что когда передается залоговое право, обезпечивающее притязаніе, противъ котораго залогодатель могъ защищаться зачетомъ собственнаго требованія, пріобрѣтателю ипотеки, которому былъ неизвѣстенъ этотъ моментъ, разрѣшается безпрепятственно осуществлять вещный искъ, и такимъ образомъ не внесенная въ книги exceptio compensationis оказывается безсильной противъ преемника первоначальнаго залогодержателя[2]). Названная статья касается только возраженія о зачетѣ, хотя нѣтъ основанія исключать именно эту exceptio. Допущеніе другихъ возраженій, неизвѣстныхъ пріобрѣтателю книжной ипотеки, также вредно могло бы отразиться на его интересахъ[3]). Такая же экстенсивная интерпретація[4]) напрашивалась относительно ст. 469, изъ которой видно, что удовлетвореніе требованія еще не достаточно для уничтоженія залоговаго права на недвижимость и что послѣднее продолжаетъ существовать до тѣхъ поръ, пока фактъ погашенія не будетъ отмѣченъ въ книгѣ[5]). Можно было бы прійти къ заключенію, что на

1) См. уже Winiwarter въ своемъ коммент. II, стр. 284.

2) „Gegen eine den öffentlichen Büchern einverleibte Forderung kann die Einwendung der Compensation einem Cessionar nur dann entgegengesetzt werden, wenn die Gegenforderung ebenfalls und zwar bei Uebernahme der letzteren bekannt gemacht worden ist."

3) См. рѣшенія, прив. у Riehl, Das allg. bürgerliche Gesetzbuch (2 изд.) стр. 1814.

4) См. однако Ellinger, Handbuch des oesterr. allgemeinen Civil-Rechtes (1877) стр. 235.

5) „Zur Aufhebung einer Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend. Ein Hypothekargut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist."

защиту, открытую этой статьею, долженъ разсчитывать и такой преемникъ залогодержателя, въ рукахъ котораго окажется ипотека, охранявшая уничтоженное впослѣдствіи какимъ либо способомъ требованіе, если только въ книгѣ не было въ моментъ передачи залога записи объ уничтоженіи.

Ясно, что въ этихъ статьяхъ содержится отступленіе отъ того лишь условнаго значенія, которое было присвоено крѣпостной записи въ Австріи, а также отступленіе отъ аксіомы о неизбѣжности соотношенія требованія и вещнаго права. По этому поводу нельзя не упомянуть о въ высшей степени интересной попыткѣ Krainz'a[1]) втиснуть эти отступленія отъ дѣйствующаго права подъ существующія рубрики. Не рѣшаясь выставлять австрійскую ипотеку, на подобіе мекленбургской, какъ самостоятельное право, отрѣшенное отъ обязательства, онъ съ другой стороны ясно сознавалъ, что эти статьи дѣйствовали уничтожающимъ образомъ на понятіе объ акцессорности. Вмѣсто того, чтобы оставлять личное требованіе внѣ крѣпостной книги и допускать возможность его уничтоженія безъ соотвѣтствующаго воздѣйствія на вещное право, онъ предлагалъ считать внесеннымъ въ книгу не только залоговое право, но и обезпеченное имъ личное требованіе. Krainz находился подъ несомнѣннымъ вліяніемъ саксонскаго уложенія[2]), гдѣ встрѣчается, какъ мы видѣли, выраженіе „eingetragene Forderung", а также подъ впечатлѣніемъ ст. 1443 австрійскаго кодекса, гдѣ говорится о внесенныхъ требованіяхъ. Ему показалось, что

---

1) Das leitende Princip der bücherlichen Rechte въ Allg. oesterr. Gerichts-Zeitung 1868 г. №№ 95–100; 1869 г. №№ 13—16, 18, 19, 26—31.

2) См. выше стр. 136.

можно этимъ воспользоваться, чтобы распространить и на ипотечныя обремененія понятіе о „связанныхъ правахъ“ или „gebundene Rechte“, которыя онъ выставляетъ какъ особую категорію правомочій современнаго быта. Связанность вытекаетъ изъ самой регистраціи и несомнѣнно, что между правами, подлежащими регистраціи, найдется та общая черта, что существованіе ихъ пріурочена къ содержанію крѣпостнаго реестра или другими словами, что по отношенію къ нимъ формальный моментъ вытѣсняетъ матеріальный. Но требованіе, обезпеченное ипотекой, нельзя по австрійскому праву причислить къ „gebundene Rechte“, потому что не оно является предметомъ закрѣпощенія; личное правоотношеніе только считается conditio sine qua non для внесенія записи залоговаго права, возникшаго на основаніи одного изъ поводовъ, перечисленныхъ закономъ[1]). Перенося такимъ образомъ самое требованіе въ книгу, Krainz надѣялся устранить дуализмъ между гласнымъ вещнымъ правомъ и скрытымъ личнымъ правоотношеніемъ, и съ этой цѣлью онъ ссылался на аналогію съ Reallast, которая является именно обязательствомъ владѣльца данной недвижимости и въ качествѣ таковаго подлежитъ крѣпостной записи. Но сравненіе нельзя назвать удачнымъ уже потому, что между Reallast и австрійскимъ вещнымъ обезпеченіемъ остается разница, вытекающая изъ самой природы акцессорной ипотеки: германской Reallast можетъ, конечно, предшествовать какое нибудь чисто личное правоотношеніе, но со дня внесенія обремененія въ книгу этотъ моментъ устраняется и остается на лицо единичное правоотношеніе, которое исчерпывается содержаніемъ

1) Ср. ст. 449 Уложенія.

книги. Наоборотъ, при акцессорной ипотекѣ[1]) — и мы видѣли, что австрійскій законодатель принципіально сталъ на эту точку зрѣнія — участь личнаго права должно отражаться на вещномъ.

Для объясненія вышеуказанныхъ отступленій Krainz не рѣшался выступать съ самостоятельной ипотекой, содержащей въ себѣ элементъ требованія, а предпочелъ подчинять личное правоотношеніе вещному, распространяя достовѣрность записи не только на взысканіе противъ недвижимости, но и на внутренній моментъ, лично связывающій залогодателя съ залогодержателемъ. Эта очевидная натяжка[2]) ведетъ къ страннымъ послѣдствіямъ[3]), для которыхъ нѣтъ достаточной опоры въ австрійскомъ уложеніи. Krainz'у приходится рѣшать, что уплата суммы, обезпеченной посредствомъ ипотеки на недвижимость, не погашаетъ личнаго долга, пока погашеніе не отмѣчено въ крѣпостной книгѣ; чтобы объяснить дальнѣйшее существованіе вещнаго права, онъ принужденъ былъ отрицать прекращеніе личнаго права, хотя трудно себѣ представить, чтобы послѣ уплаты должной суммы могло бы еще существовать обязательство между кредиторомъ и должникомъ. Болѣе смѣлымъ является предлагаемое имъ юридическое построеніе при цессіи требованія безъ передачи обезпечительной ипотеки; отсутствіе въ книгѣ отмѣтки о передачѣ вещнаго права новому лицу является, конечно, препятствіемъ для перехода залоговой гарантіи; но Krainz идетъ дальше и старается доказать,

---

1) Наглядный примѣръ двойственности правоотношенія при залогѣ даетъ ст. 1483 австрійскаго уложенія.

2) См. мѣткія возраженія у Exner, Das Publicitätsprincip стр. 80.

3) См. Allg. oesterr. Gerichtszeitung 1869 г. №№ 26, 27.

что этотъ формальный недостатокъ отражается и на цессіи личнаго права, которую въ такомъ случаѣ нельзя считать дѣйствительной, и не считая возможнымъ назвать пріобрѣтателя такого требованія цессіонаріемъ, онъ сравниваетъ его съ procurator in rem suam! Но тѣмъ самымъ онъ косвенно признаетъ самостоятельность долговаго правоотношенія и его независимость отъ книжнаго содержанія, скрывая это явленіе подъ римскимъ терминомъ, умѣстность котораго въ данномъ случаѣ болѣе, чѣмъ сомнительна [1]).

Попытка Krainz'a интересна тѣмъ не менѣе, потому что она доказываетъ привязанность юристовъ къ понятію о придаточности; находя случаи въ законѣ, гдѣ подчиненность вещнаго права устраняется, они стараются найти правоотношеніе, гдѣ наоборотъ обязательство подвластно залогу. Статья Krainz'a совпала съ реформой ипотечной регистраціи въ Австріи. Въ теченіе XIX вѣка и особенно во второй половинѣ, одновременно съ соотвѣтствующимъ движеніемъ въ Пруссіи, раздавались мнѣнія въ пользу болѣе интенсивнаго дѣйствія крѣпостной записи. Въ шестидесятыхъ годахъ мы находимъ въ Австріи цѣлый рядъ проектовъ, имѣющихъ цѣлью урегулированіе ипотечнаго дѣла [2]). Одинъ изъ нихъ даже выставилъ въ безусловной формѣ принципъ достовѣрности [3]). Но законодательные органы, какъ видно, не рѣшились подчеркнуть возможность

---

1) Ср. противъ взгляда Krainz'a рѣшеніе верховной палаты у Unger-Glaser, Sammlung № 1995.

2) См. Exner, Das Publicitätsprincip стр. 129 сл.

3) Проектъ D § 31 (у Exner'a l. c. стр. 138): Rechte, welche dritte Personen im guten Glauben und im Vertrauen auf die bereits rechtskräftigen Eintragungen in den öffentlichen Büchern erwerben, sind unanfechtbar.

раскола между формальнымъ и матеріальнымъ правомъ [1]). Уставъ 1871 г. ограничился тѣмъ [2]), что установилъ въ пользу лицъ, пріобрѣвшихъ права на недвижимости на основаніи содержанія книги, минимальный срокъ 30—60 дней, по истеченіи котораго лицо, пострадавшее отъ такого пріобрѣтенія, не можетъ оспаривать осуществленіе этого права со стороны его пріобрѣтателя [3]). Такое постановленіе [4]) въ примѣненіи къ залогу означаетъ, что если залогодержатель передаетъ свое вещное право другому лицу, то возраженія, которыя должникъ имѣлъ на основаніи личнаго правоотношенія, должны быть предъявлены въ теченіе только что названнаго срока. До изданія ипотечнаго устава трехлѣтній срокъ прекращалъ возраженіе противъ всякаго обладателя права на недвижимости, между прочимъ и противъ лица, не пріобрѣвшаго своего права на основаніи содержанія книги; залогъ, установленный въ пользу недѣйствительнаго обязательства, дѣлался безспорнымъ въ теченіе этихъ трехъ лѣтъ, если только залогодержатель въ моментъ установленія не зналъ о недѣйствительности обезпечиваемаго требованія. По уставу же 1871 г. пропущеніе

---

1) Ср. относительно права собственности Strohal, Zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien (1876).

2) Ср. Grundbuchgesetz 1871 г. § 28.

3) § 63. Wer eine Einverleibung, von deren Bewilligung er vorschriftsmässig verständigt worden ist, auch gegen dritte Personen als ungiltig bestreiten will, hat binnen der Frist, welche ihm zum Recurse gegen deren Bewilligung zukäme, bei dem Grundbuchsgericht die Anmerkung, dass diese Einverleibung streitig sei, anzusuchen und entweder zugleich oder längstens binnen weiteren sechzig Tagen nach Ablauf der Recursfrist die Klage auf Löschung gegen alle Personen wirklich zu überreichen, welche durch die bestrittene Einverleibung ein bürgerliches Recht erlangt oder weitere Einverleibungen oder Vormerkungen darauf erwirkt haben.

4) Подробное толкованіе у Burckhard, System des österr. Privatrechtes III 1 § 179.

30—60 дневнаго срока служитъ лицу, пріобрѣвшему залоговое право на томъ основаніи, что оно уже числилось въ книгѣ за цедентомъ, передавшимъ его цессіонарію, который не зналъ о существованіи препятствій [1]), задерживавшихъ проявленіе требованія; этотъ цессіонарій по истеченіи 30—60 дней будетъ защищенъ отъ прекаканій со стороны должника-залогодателя [2]). Противъ всѣхъ остальныхъ же залогодержателей остался прежній трехлѣтній срокъ [3]). Ясно, что послѣ изданія устава 1871 г. только увеличилась возможность дѣйствительныхъ ипотекъ безъ сопровожденія дѣйствительныхъ требованій.

Въ связи съ этими явленіями нужно еще упомянуть о ст. 1446 [4]) Уложенія, которая пріостанавливаетъ дѣйствіе confusio и рѣшаетъ, что соединеніе правъ залогодержателя и залогодателя въ одномъ лицѣ не прекращаетъ ipso jure внесенную въ книгу ипотеку; такимъ образомъ эта confusio не измѣняетъ положенія послѣдующихъ кредиторовъ, остающихся на своихъ мѣстахъ. Цѣль законодателя заключается здѣсь въ охраненіи интересовъ залогодержателя отъ тѣхъ вред-

---

1) § 63 . . . Nach Ablauf dieser Fristen kann auf die Löschung . . gegen dritte Personen . . . nur dann erkannt werden, wenn sie sich . . . nicht im guten Glauben befunden haben.

2) См. Krainz-Pfaff, System des österr. Privatrechts II. Specieller Theil, Zweite Hälfte (1889) § 278.

3) § 62. Wenn die Löschungsklage gegen diejenigen Personen gerichtet werden soll, welche unmittelbar durch die Einverleibung, auf deren Löschung geklagt wird, Rechte erworben haben . . . oder wenn sich die Klage auf solche Verhältnisse stützt, welche unmittelbar zwischen dem Kläger und Geklagten obwalten, so ist die Dauer des Klagerechts nach den bestehenden civilrechtlichen Bestimmungen über die Verjährung zu beurtheilen. Ср. § 64, гдѣ устанавливается трехлѣтній срокъ, когда не было увѣдомленія о совершившейся записи.

4) Rechte und Verbindlichkeiten, welche den öffentlichen Büchern einverleibt sind, werden durch die Vereinigung in einer Person nicht aufgehoben, bis die Löschung aus den öffentlichen Büchern erfolgt ist.

ныхъ послѣдствій, которыя имѣло бы для послѣдняго пріобрѣтеніе вещи, заложенной ему и кромѣ того перезаложенной еще другимъ[1]). Изъ этой статьи нѣкоторые австрійскіе юристы выводятъ, что послѣ уплаты долга собственникъ можетъ распоряжаться освободившимся мѣстомъ. Но даже если допустить такое распространительное толкованіе, вызванное въ австрійской юриспруденціи[2]) очевиднымъ желаніемъ идти по стопамъ мекленбургскаго и новѣйшаго прусскаго права, то во всякомъ случаѣ нѣтъ достаточнаго основанія[3]) называть такую ипотеку „Grundschuld“ уже потому, что собственникъ, какъ только онъ заявитъ о своемъ желаніи распорядиться ипотечнымъ старшинствомъ, раскроетъ правоотношеніе, подлежащее обезпеченію[4]), и тѣмъ самымъ будетъ установлена между вещнымъ правомъ и требованіемъ связь, противорѣчащая понятію о Grundschuld.

Это понятіе также не примѣнимо[5]) къ залогамъ, установляемымъ акціонерными предпріятіями въ пользу держателей облигацій, о которыхъ упоминаетъ австрійскій законъ 24 апр. 1874 г.[6]). Законъ этотъ постановляетъ, что должникъ

---

1) Ср. Ofner, Das Sachenrecht (1893) стр. 145.

2) См. напр. Krainz-Pfaff, System I стр. 795; ср. еще Steinlechner въ Krit. Vierteljahrschrift XXIV стр. 348—367. Strohal (Die Eigenthümer-Hypothek въ Oesterr. Centralblatt f. d. jurist. Praxis, 1883 Maiheft) считалъ нужнымъ для этого прибѣгнуть къ законодательному пути.

3) Возможность Eigenthümerhypothek еще не предрѣшаетъ вопроса о самомъ характерѣ залоговаго права; ср. по этому поводу справедливыя замѣчанія Meibom'a, Meckl. Hypothekenrecht стр. 150 и Roth, Die hypothekar. Succession und die Eigenthümerhypothek въ Archiv f. civ. Praxis T. 62, стр. 106.

4) Ср. ст. 449 Уложенія съ § 26 и § 4 Grundbuchgesetz'a.

5) Неудачную попытку въ этомъ направленіи представляетъ статья Fleischer'a „Die Grundschuld in Oesterreich“ въ Zeitschrift für Notariat und freiw. Gerichtsbarkeit in Oesterreich. 1884 № 27.

6) Gesetz v. 24. April 1874 betreffend die gemeinsame Vertretung der

можетъ установить залоговое право на свое имущество посредствомъ простаго заявленія, безъ предъявленія въ крѣпостное отдѣленіе тѣхъ долговыхъ обязательствъ, въ пользу которыхъ устанавливается вещное обезпеченіе[1]). Но эта мѣра вызвана практическими соображеніями въ виду громаднаго количества подобныхъ облигацій[2]); связь между этими обязательствами и залогомъ вытекаетъ изъ самого закона, называющаго этихъ держателей облигацій заимодателями[3]), и нѣтъ сомнѣнія, что, въ случаѣ недостаточности заложеннаго, заемщикъ отвѣчаетъ и остальнымъ имуществомъ по выпущеннымъ облигаціямъ.

Впрочемъ австрійское право, не смотря на вышеуказанныя трещины въ построеніи придаточности, мало расположено къ ограниченной отвѣтственности. Статьи уложенія прямо подчеркиваютъ, что въ случаѣ недостаточности заложенной вещи кредиторъ можетъ обратиться къ остальному имуществу[4]), и что пропажа заклада не освобождаетъ залогодателя отъ обязанности уплатить обѣщанную сумму[5]). Даже въ уставахъ ипотечныхъ банковъ, принципіально игнорирующихъ личную кредитоспособность залогодателей,

---

Rechte der Besitzer von Theilschuldverschreibungen (изд. Kaserer, Oesterr. Gesetze mit Materialien XVII).

1) § 11. Die Eintragung des Pfandrechts für die Besitzer von auf Inhaber lautenden . . . Theilschuldverschreibungen . . . findet auf Grund einer vom Schuldner ausgestellten Pfandbestellungsurkunde statt. Die Vorlage einer Schuld- oder Cessionsurkunde ist zur Erwirkung der Eintragung des Pfandrechts nicht erforderlich.

2) Ср. § 12.

3) Ср. § 1 . . . „Werden über eine Darlehnsforderung auf Inhaber lautende . . . Theilschuldverschreibungen . . . ausgegeben“ съ § 12.

4) Уложеніе § 464: Wird der Schuldbetrag aus dem Pfande nicht gelöst, so ersetzt der Schuldner das Fehlende.

5) Уложеніе § 467. Wenn die verpfändete Sache zerstört wird, . . so erlischt zwar das Pfandrecht, aber die Schuldforderung besteht noch.

встрѣчаются статьи[1]), предвидящія обращеніе взысканія на остальное имущество заемщика. Судебная практика наконецъ признала, что и ссудная касса въ случаѣ неудачной продажи можетъ обратиться съ дополнительнымъ требованіемъ къ должнику[2]), хотя личность послѣдняго не принимается въ разсчетъ при выдачѣ заемной суммы[3]). Понятно, что при такой обстановкѣ австрійскіе романисты не всегда находили достаточную опору для проведенія ограниченной отвѣтственности. Одинъ изъ нихъ въ концѣ 60-хъ годовъ зашелъ такъ далеко, что оказался въ этой области plus royaliste que le roi. Римскіе юристы допускали, какъ извѣстно, случаи, гдѣ взысканіе сосредочивалось на опредѣленныхъ объектахъ; Lemayer же заявляетъ[4]), что подобное ограниченіе логически невозможно!

Если мы теперь вернемся къ положенію, созданному въ Пруссіи закономъ 1872 г., то убѣдимся, что онъ въ области ипотечной реформы не оправдалъ надеждъ, возлагаемыхъ на него юристами и общественнымъ мнѣніемъ, а

---

1) Statuten der priv. allgem. oesterreichischen Boden-Credit-Anstalt (1881) § 110. Die gerichtliche Execution kann auch auf andere als die im Art. 109 erwähnten beweglichen (вещи, находящіяся случайно въ рукахъ банка) Güter des persönlichen Schuldners, oder auf das der Anstalt verpfändete unbewegliche Gut geführt werden.

2) Рѣшеніе верховной палаты 6 февр. 1866 г. (Unger-Glaser Sammlung der Entscheidungen № 2381) и по этому поводу Heyrowsky, Wodurch unterscheidet sich das Pfandrecht der Pfandleihanstalten von dem regelmässigen Pfandrechte des allg. bürg. Gesetzbuches? въ Allg. österr. Gerichtszeitung 1875 г., № 95, 97.

3) Сомнѣніе по этому поводу не устранено новѣйшимъ уставомъ о ссудныхъ кассахъ, см. Gesetz v. 23 März 1885 über das Pfandleihgewerbe (изд. Kaserer, Oesterr. Gesetze mit Materialien XXXVIII) § 4.

4) Lemayer въ Allg. oesterr. Gerichtszeitung 1869 г. № 1, стр. 2: Eine beschränkte Haftung ist eine logische Unmöglichkeit; sie ist unmöglich nach dem aristotelischen Satze vom Widerspruche, weil man nicht zugleich verpflichtet und nicht verpflichtet sein kann.

скорѣе оправдалъ пессимистическія опасенія отдѣльныхъ лицъ [1]). Если считать, что главнымъ моментомъ въ новой нормировкѣ залоговыхъ правоотношеній являлось созданіе института „Grundschuld", то нельзя будетъ считать цѣль законодателя достигнутой, такъ какъ эта форма реальнаго обезпеченія не была встрѣчена сочувственно со стороны публики [2]). Не смотря на то, что отвлеченность залоговаго права выставлялась составителями проектовъ какъ лучшее средство для упроченія сельскаго кредита, абстрактный поземельный долгъ въ видѣ Grundschuld до сихъ поръ мало укоренился въ Пруссіи. Свѣдѣнія, собранныя въ теченіе 80-хъ годовъ, доказали, что среди ипотечныхъ обремененій, возникшихъ за этотъ періодъ, Grundschulden занимаютъ болѣе, чѣмъ скромное мѣсто; въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ реальное обезпеченіе внесено было въ книги подъ названіемъ Hypothek [3]). И эта непопулярность новаго вида залога отразилась по видимому на тѣхъ законодательствахъ Германіи, которыя въ теченіе 70-хъ годовъ реформировали свое ипотечное право; такъ напримѣръ брауншвейгскій законъ 1878 г. не рецепировалъ Grundschuld [4]). Чѣмъ же объяснить неудачу [5]) послѣдней въ

1) Такъ напр. Ziebarth, Die Reform des Grundbuchrechts (1870), стр. 75, который считалъ, что отсутствіе личной отвѣтственности будетъ препятствіемъ къ укорененію новой формы залога.

2) Ср. Scholler, Pfandrecht und Grundschuld въ Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs ein. b. Gesetzbuchs V, стр. 370. — Kindel, Das formelle und materielle Recht въ Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, N. F., V, стр. 130.

3) Ср. Motive zum Entwurfe eines bürg. Gesetzbuchs f. d. deutsche Reich, III, стр. 608 сл.

4) Braunschweigisches Gesetz über den Eigenthumserwerb und dingliche Belastung, 8 марта 1878 г. (Gesetz- und Verordnungssammlung f. d. herzogl. Braunschweig. Lande № 10), §§ 28, 53.

5) Интересно отмѣтить, что вскорѣ послѣ изданія закона 1872 г.

жизни? Въ литературѣ было выставлено предположеніе, что кредиторы при заключеніи залоговыхъ сдѣлокъ неохотно отказывались отъ личной отвѣтственности залогодателя; но съ одной стороны въ прусскомъ законѣ нигдѣ не сказано, какъ мы видѣли, что Grundschuld исключаетъ существованіе личнаго обязательства залогодателя къ залогодержателю[1]), а съ другой стороны несомнѣнно, что бываетъ множество случаевъ, гдѣ личный кредитъ собственника закладываемой недвижимости не входитъ въ соображенія заимодавца. Нужно скорѣе думать, что нерасположеніе было со стороны залогодателей, опасавшихся, можетъ быть, что новый терминъ „Grundschuld“ означаетъ новую сдѣлку, создающую для нихъ еще менѣе выгодное положеніе, чѣмъ при дѣйствіи старой Hypothek. Первую роль играла здѣсь по всему вѣроятію терминологія, такъ какъ по существу Grundschuld и Hypothek представляли между собой болѣе общихъ чертъ, чѣмъ казалось на первый взглядъ. Ближайшее ознакомленіе съ текстомъ закона 1872 г. только подтверждаетъ это сходство, о которомъ была уже рѣчь выше.

Законъ 1872 г., по примѣру мекленбургскаго устава[2]) 1848 г., призналъ за собственникомъ право внесенія въ

ипотечный кредитъ значительно подешевѣлъ въ Пруссіи, конечно не благодаря установленію Grundschuld, а вслѣдствіе извѣстныхъ финансовыхъ краховъ, которые, хотя и косвеннымъ образомъ, способствовали подъему популярности ипотечныхъ помѣщеній капиталовъ. Ср. Dernburg-Hinrichs, Preussisches Hypothekenrecht I, стр. 72.

1) Это прямо вытекаетъ изъ параграфа 2 статьи 52 закона 5 мая 1872 г.; и противъ личной отвѣтственности не говоритъ ст. 37, имѣющая лишь въ виду отвѣтственность по вещному иску. Ср. еще Förster-Eccius, Theorie und Praxis des preuss. Privatrechts (4 изд.) § 194, стр. 513.

2) См. Mecklenburger rev. Hypothekenordnung über Landgüter v. 18. Oct. 1848, § 16, п. 4.

книгу ипотечной статьи на собственное свое имя[1]); подобныя внесенія законъ подводитъ подъ понятіе о Grundschuld, такъ какъ они не могутъ быть сопровождаемы указаніемъ на опредѣленное требованіе [2]). Такой записью собственникъ выдѣляетъ въ свою пользу извѣстную стоимость вещи [3]), и это практически обнаруживается въ томъ случаѣ, когда на эту недвижимость обращается впослѣдствіи взысканіе [4]); послѣ продажи онъ сохраняетъ свое мѣсто среди остальныхъ залогодержателей и даже когда онъ участвуетъ на торгахъ въ качествѣ покупателя, что допускается прусскимъ правомъ [5]), онъ сохраняетъ за собой неприкосновенной ту часть стоимости вещи, которая соотвѣтствуетъ его ипотечной статьѣ. Конечно такая Grundschuld на собственное имя можетъ всегда быть оспариваема тѣми кредиторами собственника, которые поставлены вслѣдствіе этого въ невыгодное положеніе, т. е. тѣми кредиторами, залоговыя права которыхъ были внесены послѣ возникновенія Eigenthümergrundschuld [6]). Если же собственникъ заложенной вещи, сохраняя обладаніе послѣдней, передастъ эту свое-

---

1) Зак. 1872 г. ст. 27. Der Eigenthümer kann auf seinen Namen Grundschulden eintragen und sich Grundschulden ausfertigen lassen. Er erlangt dadurch das Recht, über die Grundschuld zu verfügen und auf dritte Personen die vollen Rechte eines Grundschuldgläubigers zu übertragen.

2) См. однако возраженія Schollmeyer'a, Die Hypothek des Eigenthümers, стр. 11 сл.

3) Ср. для характеристики этого правоотношенія Hartmann, Die Hypothek des Eigenthümers (1877) стр. 58; Bekker, Zur Lehre vom Rechtssubject въ Iherings Jahrbücher XII, стр. 47.

4) Ст. 27 . . . Bei der Vertheilung der Kaufgelder in Folge einer gerichtlichen Zwangsversteigerung kann er (собственникъ) die Grundschuld für sich geltend machen. Ср. ст. 28.

5) Ст. 46. Ср. ст. 62—65 прусскаго Zwangsvollstreckungsgesetz 13 іюля 1883 г.

6) Ст. 40.

образную Grundschuld другому лицу, то она и въ этомъ случаѣ сохранитъ свой характеръ. Пріобрѣтатель получаетъ вещное право въ силу самой передачи Grundschuldbrief [1]), который можетъ гласить на предъявителя [2]). Внесеніе передаточной сдѣлки не требуется, такъ что въ реестрѣ остается отмѣтка объ отвлеченномъ обремененіи, не смотря на то, что съ момента передачи Grundschuld перешла на служеніе опредѣленному требованію, о которомъ нѣтъ упоминанія въ книгѣ, но которое можетъ тѣмъ не менѣе повліять на осуществимость вещнаго права въ виду широкой допустимости возраженій.

Но возможно и другое, противоположное явленіе [3]) на основаніи закона 1872 г.; возможно обремененіе подъ формальнымъ названіемъ ипотеки, но сводящееся въ сущности къ Grundschuld. Законъ 1872 г. разрѣшаетъ собственнику, уплатившему ипотечный долгъ, пріобрѣсти для себя освободившееся мѣсто [4]), которое онъ можетъ впослѣдствіи уступить другому. Послѣдній тогда пріобрѣтаетъ право, обозначенное въ книгѣ подъ названіемъ Hypothek; онъ пріобрѣтаетъ это по закону 1872 г. и въ силу простаго передаточнаго акта безъ книжной записи [5]), такъ что если собственникъ ему передалъ это вещное право безъ всякаго обезпечиваемаго требованія, а просто какъ опредѣленную

---

1) Ст. 20.

2) Ст. 55.

3) Ср. Turnau, Die Grundbuchordnung v. 5. Mai 1872 (2-ое изд.) I, стр. 328.

4) Ст. 63, а также ст. 64 и 65.

5) Ст. 54; притомъ не нужно также вручение залоговой квитанціи или Hypothekenbrief уже потому, что можно обойтись и безъ выдачи оной при установленіи ипотеки. Ср. Grundbuchordnung 1872 г., § 122.

цѣнность, то залогодержатель оказывается въ положеніи держателя Grundschuld, онъ имѣетъ реальное обезпеченіе безъ связи онаго съ опредѣленнымъ обязательствомъ [1]). Такія, по меньшей мѣрѣ странныя, явленія вытекаютъ изъ того смѣшенія понятій [2]), которыми отличается законъ 1872 г. и о которыхъ была рѣчь уже выше. Видно, что законодатель, не смотря на вынужденную двойственность терминологіи, имѣлъ въ виду лишь одну форму реальнаго обремененія, въ силу котораго создавалось бы право, призванное быть предметомъ оборота. И результатомъ этого основнаго взгляда явилось съ одной стороны недостаточная нормировка чисто обезпечительной ипотеки [3]), а съ другой стороны второстепенное значеніе, придаваемое личной отвѣтственности. Разъ залогодержателю дается такое право, которое онъ можетъ отчуждать въ любой моментъ съ устраненіемъ для пріобрѣтателя тѣхъ препятствій, которыя вытекаютъ изъ обязательственнаго правоотношенія, понятно, что личная отвѣтственность залогодателя мало важна въ глазахъ цессіонарія. Это видно изъ статьи закона, которая постановляетъ, что если ипотека была передана безъ требованія, послѣднее погашается въ рукахъ цедента, какъ право болѣе ненужное [4]): предполагается, что за одинъ

---

1) Ср. рѣшеніе Reichsgericht'a отъ 21 апрѣля 1880 г. (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen II стр. 206).

2) Обзоръ общихъ моментовъ Grundschuld и Hypothek даетъ Förster, Preuss. Grundbuchrecht, стр. 158.

3) См. выше стр. 156 сл.

4) Ст. 52 выводитъ это послѣдствіе только относительно Grundschuld, не говоря объ участіи личнаго требованія при передачѣ одной Hypothek: „Die Hypothek kann nur gemeinsam mit dem persönlichen Recht abgetreten werden. Wird eine zur Sicherung eines persönlichen Rechts dienende Grundschuld ohne den persönlichen Anspruch abgetreten, so erlischt

залогъ цессіонарій уже заплатилъ цеденту то, что стоитъ личное требованіе. Съ другой стороны мы видимъ, что при переходѣ заложенной вещи отъ залогодателя къ новому собственнику законъ всячески старается облегчить прекращеніе личной отвѣтственности первоначальнаго контрагента. Мы читаемъ въ ст. 41, что новый владѣлецъ заложенной вещи считается личнымъ должникомъ залогодержателя, если онъ только заявляетъ о своемъ желаніи зачесть ипотеку въ покупную сумму [1]). Этому отступленію отъ римскаго права, съ точки зрѣнія котораго потребовалось бы еще согласіе кредитора принять новаго должника, соотвѣтствуетъ постановленіе, слагающее съ залогодателя отвѣтственность остальнымъ имуществомъ, если залогодержатель не возбудитъ въ теченіе извѣстнаго срока иска о возвращеніи обезпеченной суммы. Изъ этого видно, что личная отвѣтственность, безъ которой, по крайней мѣрѣ принципіально, немыслима Hypothek закона 1872 г., фактически отодвинута на второй планъ [2]).

Болѣе откровеннымъ, такъ сказать, является въ этомъ

---

letzterer.“ Однако въ большинствѣ случаевъ передача одной Hypothek будетъ означать отказъ цедента отъ личнаго иска, который долженъ прекратиться, такъ какъ онъ съ другой стороны не переходитъ также къ цессіонарію. Ср. рѣшенія Reichsgericht'a, приведенныя у Oberneck, Die preussischen Grundbuchgesetze (1896), стр. 159.

1) Ст. 41. Hat der Erwerber eines Grundstücks die auf demselben haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage, auch wenn er dem Uebernahmevertrag nicht beigetreten ist. Der Veräusserer wird von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräusserer die Schuldübernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Grundeigenthümer des Grundstücks gekündigt und binnen sechs Monaten nach der Fälligkeit eingeklagt hat.

2) Ср. Dernburg, Preuschisches Hypothekenrecht II (1891) стр. 60 сл.

отношеніи гамбургскій законъ 4 декабря 1868 г.[1]). Онъ тоже возникъ въ эпоху ипотечныхъ увлеченій, если можно такъ выразиться. Онъ тоже имѣлъ въ виду создать обращаемыя цѣнности въ рукахъ залогодержателей[2]), хотя передаваемость гамбургской ипотеки нѣсколько уступаетъ удобствамъ прусской Grundschuld[3]). Но своеобразнымъ явленіемъ здѣсь нужно признать характеръ личной отвѣтственности собственника заложенной вещи; эта отвѣтственность не вытекаетъ въ Гамбургѣ изъ личнаго обязательства, установленнаго контрагентами или воспринятаго впослѣдствіи пріобрѣтателемъ заложенной вещи, а наоборотъ связана съ самой записью вещнаго обремененія. Всякій собственникъ заложенной вещи отвѣчаетъ и остальнымъ имуществомъ уже потому, что на его недвижимости лежитъ ипотечное обремененіе[4])! А если кромѣ того на лицо контрагентъ залогодержателя, обязавшійся лично какому нибудь

---

1) Gesetz betreffend Grundeigenthum u. Hypothekenrecht. Erläutert von Mittelstein. Hamburg 1894.

2) См. § 19, особенно послѣ прибавленія п. 2 закономъ 12 іюля 1880 г.: Eine Vereinbarung, durch welche die gesetzlichen Rechte des Hypothekengläubigers eingeschränkt werden sollen, ist nur dann rechtlich wirksam, wenn dem Hypothekposten eine entsprechende Clausel angelegt ist. Эта вставка имѣла цѣлью, какъ это видно изъ мотивовъ, приведенныхъ у Mittelstein l. c. стр. 41, устранить всѣ возраженія противъ залоговаго права и дать ему болѣе отвлеченный характеръ чѣмъ дотолѣ. Гамбургская практика однако допускаетъ цѣлый рядъ возраженій. См. Mittelstein l. c. стр. 85.

3) См. напр. § 36, который требуетъ для передачи залоговаго права непременнаго внесенія въ книги передаточнаго акта. Такимъ образомъ не оправдался пессимизмъ de Boor'a (Hamb. Hypothekenwesen 1860 стр. 22 сл.), опасавшагося, что ипотечная реформа введетъ въ Гамбургѣ залоговыя росписки на предъявителя.

4) § 33. Jeder in die Hypothekenbücher eingetragene Capitalposten begründet auch die persönliche und verzinsliche Schuldverbindlichkeit gegen den Hypothekengläubiger . . . Ср. по этому поводу Niemeyer, Hamburger Privatrecht § 64.

дѣйствію, то законъ всячески поощряетъ прекращеніе этой обязательственной связи, какъ только недвижимость, заложенная въ обезпеченіе этого обязательства, перешла въ руки другаго собственника. Выдача квитанціи послѣднему, вчинаніе иска противъ него безъ оговорки считаются отказомъ со стороны залогодержателя отъ личнаго иска противъ первоначальнаго должника[1]). Нужно признать, что значеніе, которое могъ бы имѣть личный кредитъ этого должника, будетъ въ большинствѣ случаевъ сведено къ нулю.

Но интереснѣе всего объемъ, который имѣетъ эта личная отвѣтственность въ Гамбургѣ: законъ прямо постановляетъ, что собственникъ залога отвѣчаетъ остальнымъ своимъ имуществомъ лишь in subsidium, лишь тогда, когда будетъ установлено, что продажа недвижимости не покрыла ипотечнаго долга[2]). Здѣсь собственникъ заложенной вещи имѣетъ exceptio excussionis realis, когда залогодержатель обращается къ остальному имуществу. Получается явленіе какъ разъ противоположное юстиніановому праву: не залогъ поставленъ въ зависимость отъ личнаго

1) § 34. Die persönliche Verbindlichkeit geht auf jeden späteren Eigenthümer des belasteten Grundstücks durch dessen Zuschreibung an ihn von selbst über. Der frühere Eigenthümer wird aber nur dann davon befreit, wenn der Gläubiger ihn ausdrücklich seiner Verpflichtung entlässt oder den Nachfolger als seinen Schuldner anerkennt. Die Anerkennung gilt namentlich dann als stillschweigend erfolgt, wenn dem neuen Eigenthümer eine Zinsquittung ohne Vorbehalt ertheilt oder der Posten demselben ohne Vorbehalt gekündigt ist.

2) § 33 . . . Der Letztere (залогодержатель) kann jedoch in Betreff des Capitals diese Verbindlichkeit gegen die Person und das übrige Vermögen des Schuldners und zwar, ohne dass es einer Loskündigung bedarf, erst dann geltend machen, wenn und insoweit seine Forderung nicht bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks durch den Verkaufserlös gedeckt oder im Verkaufstermin kein genügendes Gebot gemacht worden ist. — Такое же значеніе придается Kohler'омъ (Konkursrecht стр. 326) для всей Имперіи ст. 57 германскаго конкурснаго устава, хотя въ ней не сказано, что залогодержатель не можетъ начинать съ личнаго иска.

долга; а наоборотъ, отвѣтственность остальнымъ имуществомъ въ неопредѣленномъ размѣрѣ является придаточнымъ моментомъ, наступленіе котораго подчиняется неизвѣстному еще обстоятельству. Странность такой конструкціи поражаетъ особенно въ такой территоріи, какъ Гамбургъ, гдѣ, по крайней мѣрѣ принципіально, дѣйствуетъ римское право [1]).

Теперь конечно mixtum compositum, распространенный въ Германіи подъ названіемъ „gemeines Recht“, доживаетъ свои послѣдніе мѣсяцы и будетъ черезъ полтара года замѣненъ новымъ гражданскимъ уложеніемъ. Необходимость объединенія въ области гражданскаго права была признана законодательными органами нововозникшей Имперіи послѣ основанія послѣдней. Этому стремленію былъ противопоставленъ[2]) примѣръ древней монархической Франціи, гдѣ политическая связь составныхъ территорій между собой была несомнѣнно тѣснѣе, чѣмъ въ нынѣшнемъ прусско-германскомъ Bundesstaat, возникшемъ послѣ Седана, и гдѣ тѣмъ не менѣе въ теченіе нѣсколькихъ вѣковъ — до самой революціи — не было общаго гражданскаго кодекса. Но примѣръ Франціи имѣлъ повидимому обратное вліяніе и рѣшающимъ моментомъ явилась скорѣе громкая популярность Наполеонова кодекса. Германскому общественному мнѣнію, настроенному юристами, показалось не только возможнымъ, но и нужнымъ создать въ ближайшемъ будущемъ граж-

---

1) Устанавливая такую добавочную, личную отвѣтственность гамбургскій законъ старался вернуться къ прежнему праву, при которомъ взысканіе могло быть обращено на остальное имущество залогодателя только въ случаѣ недоимки залога. Ср. Mittelstein, l. c. стр. 74.

2) Brunner'омъ въ Holtzendorffs Encyclopädie der Rechtswissenschaft (4-е изд.), стр. 292.

данское уложеніе, которое, какъ и французскій памятникъ, явилось бы завершеніемъ юридическаго развитія и могло бы въ Европѣ XX вѣка играть роль образцоваго кодекса, принадлежавшаго еще не такъ давно французскому праву. Продолжительность кодификаціонныхъ работъ [1]), не говоря уже о достигнутыхъ результатахъ, убѣдительно доказываетъ, что соображенія, изложенныя Савиньи въ началѣ столѣтія [2]), не потеряли значенія и по отношенію къ нынѣшней Германіи. Даже если признать, что стремленіе къ единому гражданскому праву было теперь естественно и желательно, можно тѣмъ не менѣе жалѣть, что германское законодательство, вмѣсто того, чтобы сводить постепенно итоги въ отдѣльныхъ областяхъ цивилистики, выбрало другой, болѣе краткій но и болѣе опасный, путь для достиженія намѣченной цѣли. При первомъ образѣ дѣйствія нормировка залоговаго права могла бы быть оставлена на первое время за отдѣльными союзными государствами. И какъ видно при составленіи Entwurf'a возникла мысль объ исключеніи ипотеки изъ ряда институтовъ имперскаго права [3]); имѣлось при этомъ въ виду главнымъ образомъ полное несочувствіе южно-германскаго населенія къ сѣверной Grundschuld [4]). Но эта мысль не

---

1) Занятія коммиссіи длились какъ извѣстно 21 г., съ 1874 до 1895 г. Коммиссія же, назначенная для составленія проекта Code civil, справилась со своей задачей въ 4 мѣсяца. Ср. Zachariä-Crome, Handbuch des franz. Civilrechts (1894) I § 7.

2) Savigny, Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, изд. сперва въ 1814 г., переизд. въ 1828 г.

3) См. Bericht der Reichstagscommission über den Entwurf e. b. Gesetzbuchs (1896) стр. 75 сл.

4) Ср. по этому поводу Jäger, Die neue deutsche Hypothekengesetzgebung (Stuttgart 1892).

нашла отклика въ Союзномъ Совѣтѣ, и за исключеніемъ нѣкоторыхъ спеціальныхъ видовъ [1]) обезпеченія залоговое право въ Германіи съ 1900 г. перестанетъ быть институтомъ партикулярнаго права [2]).

Мы видѣли выше, что главнымъ недостаткомъ закона 1872 г. было созданіе новаго типа вещнаго обремененія, въ которомъ врядъ ли существовала надобность и который кромѣ того мало отличался отъ ипотеки. Съ другой стороны выше было указано, что разъединеніе между Verkehrshypothek и Sicherheitshypothek не было завершено. Можно было такимъ образомъ ожидать, что имперское право откажется отъ Grundschuld и замѣнитъ ее ипотекой, созданной для оборота, сохраняя рядомъ съ послѣдней старую акцессорную ипотеку, какъ добавочную гарантію къ личному кредиту.

И какъ видно коммиссія предполагала стать на такую точку зрѣнія, обѣщая тѣмъ самымъ значительное упрощеніе [3]), такъ какъ публика легко могла теряться въ многочисленныхъ формахъ вещныхъ обремененій [4]). Однако когда проектъ I былъ опубликованъ въ 1888 г., то читатели его съ изумленіемъ открыли, что составители его не только сохранили Grundschuld, но еще выставили рядомъ съ ней три типа ипотеки: 1) чисто обезпечительную ипотеку (Sicherheitshypothek), 2) книжную ипотеку (Buchhypothek) и 3) ипотеку съ залоговой роспиской (Briefhypothek [5]). Послѣдніе два типа воз-

1) Ср. Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuche §§ 60, 91, 94 и др.

2) Формальное ипотечное право будетъ нормироваться посредствомъ Grundbuchordnung, представленной въ Reichstag въ 1897 г.

3) См. Gruchot's Beiträge XXI (1877), стр. 240 сл.

4) Ср. Skronietzki въ Gruchot's Beiträge XXVII (1883) стр. 412 сл., 496 сл.

5) Entwurf I, ст. 1125—1135; 1062—1106; 1106—1125.

никли на основаніи слѣдующихъ соображеній: уже прусское право [1]) постановляло, что при созданіи ипотеки можетъ быть выдана залоговая росписка или Hypothekenbrief, но эта росписка не имѣла при ипотекѣ того значенія, которое было присвоено ей при Grundschuld, такъ какъ безъ врученія Grundschuldbrief не могло быть передано вещное право и для пріобрѣтателя послѣдняго рѣшающее значеніе имѣли моменты, обозначенные на документѣ. Составители перваго проекта германскаго уложенія воспользовались этимъ явленіемъ, чтобы вывести изъ него необходимость выдѣлить ипотеку съ распиской какъ особый видъ вещнаго обезпеченія, и разсматриваютъ всѣ послѣдствія, вытекающія изъ этой сдѣлки съ точки зрѣнія документа, въ который она облекается. Если же ипотека устанавливается безъ выдачи этого Hypothekenbrief, то рѣшающую силу имѣетъ содержаніе крѣпостной книги. Такое раздвоеніе было вызвано скорѣе желаніемъ установить симметрію, чѣмъ потребностями оборота, и оно въ литературѣ не встрѣтило особаго сочувствія [2]).

Въ проектѣ II и въ окончательной редакціи Уложенія рѣзкость раздѣленія ипотеки на три вида нѣсколько смягчается въ томъ смыслѣ, что принципіально существуетъ одинъ типъ ипотеки на недвижимости, а именно Hypothek съ выдачей росписки [3]), и этотъ инсти-

---

1) Ср. ст. 49 прусскаго закона 1872 г.

2) Ср. Brettner, въ Archiv f. bürg. Recht II, стр. 182; Löwy въ Verhandlungen des XX. deutschen Juristentags II (Gutachten) 1889, стр. 262 сл.; Kindel, Das Recht an der Sache, стр. 249 сл.; Fischer, Das Sachenrecht (въ Sammlung v. Vosträgen über d. Entwurf III) стр. 51.—См. однако Stolterfoth, Beiträge zur Beurtheilung des Entwurfs 1890 стр. 74 сл.

3) Уложеніе ст. 1113 сл., ст. 1116. — Ист. очеркъ Hypothekenbrief'a даетъ Fischer въ Arch. f. bürg. Recht XIV (1896) стр. 236 сл.

тутъ излагается подъ общей рубрикой объ ипотекѣ; тамъ же въ томъ же титулѣ содержится ученіе о двухъ подвидахъ: 1) если стороны откажутся отъ Hypothekenbrief, то возникаетъ Buchhypothek; какъ и въ проектѣ I залоговое право связано здѣсь съ содержаніемъ книги и можетъ быть передаваемо путемъ соотвѣтствующей отмѣтки въ книгѣ, тогда какъ при другой ипотекѣ достаточна передача росписки[1]); 2) если же стороны при внесеніи Buchhypothek отмѣтятъ, что ипотека имѣетъ чисто обезпечительную цѣль, то получается второй подвидъ залоговаго права или Sicherheitshypothek. Въ сущности въ этомъ отношеніи разница между обоими проектами чисто внѣшняя; матеріальное право тождественно въ одномъ и другомъ, если не считать болѣе удовлетворительнаго опредѣленія Sicherungshypothek[2]).

Въ проектѣ I[3]), какъ и въ проектѣ II, насъ поражаетъ явное желаніе составителей разграничить Hypothek и Grundschuld; они, какъ видно, имѣли передъ глазами сбивчивость постановленій закона 1872 г., и рѣшили, что противъ иска изъ Grundschuld недопустимы возраженія, вытекающія изъ личнаго требованія[4]). Это означаетъ между прочимъ и возможность исключенія exceptio doli[5]), что врядъ ли будетъ содѣйствовать подъему популярности Grundschuld въ Гер-

1) Уложеніе ст. 1116.

2) Уложеніе ст. 1184; здѣсь внесеніе Sicherheitshypothek не ставится въ зависимость отъ неопредѣленности размѣра требованія, что весьма правильно уже потому, что при всякой ипотекѣ размѣръ просроченныхъ процентовъ подлежитъ колебаніямъ.

3) Entwurf I, ст. 1136.

4) Уложеніе ст. 1192.

5) Ср. Hachenburg, Beiträge zum Hypothekenrecht des Entwurfs eines bürg. Gesetzbuchs (1895), стр. 37.

маніи[1]). Кромѣ того тѣмъ самымъ составители косвеннымъ образомъ признаютъ возможность существованія личной отвѣтственности рядомъ съ Grundschuld[2]), хотя и не допускаютъ воздѣйствія этого личнаго правоотношенія на залоговое. Здѣсь пропущенъ опять тотъ единственный моментъ, который могъ бы служить оправдателемъ Grundschuld, а именно ограниченность отвѣтственности[3]) не только какъ возвращеніе къ древне-германскому взгляду, но и какъ признаніе той современной залоговой сдѣлки, гдѣ контрагенты не оперируютъ съ понятіемъ о личномъ кредитѣ и гдѣ постоянное преемство съ активной и пассивной стороны лишаетъ неограниченную отвѣтственность всякаго существеннаго значенія. Если съ этой точки зрѣнія Grundschuld является и понынѣ неудачной попыткой удовлетворенія одной изъ потребностей современной жизни, то съ другой стороны врядъ ли можно сказать, что эта Grundschuld, по крайней мѣрѣ въ области теоріи, можетъ считаться строго выдержаннымъ институтомъ. Проекты, какъ и окончательная редакція, въ своихъ опредѣленіяхъ не упоминаютъ о наличности требованія, а только подчеркиваютъ, что это обремененіе даетъ управомоченному лицу право требовать изъ данной недвижимости уплату извѣстной суммы[4]). При опредѣленіи же ипотеки говорится о правѣ на удовлетвореніе изъ не-

---

1) Ср. Stenographischer Bericht der Reichstagsverhandlungen, Sitzung des 1. Juli 1896, стр. 3072.

2) Ср. Mittelstein, Das Hypothekenrecht des bürg. Gesetzbuchs (1898) стр. 40.

3) Мотивы къ Entwurf I (III 611) отрицали возможность ограниченной отвѣтственности при ипотекѣ и считали такую Hypothek равносильной Grundschuld. См. однако Krech, Die Rechte an Grundstücken nach dem Entwurfe, стр. 111.

4) Entwurf I ст. 1135: Уложеніе ст. 1191.

движимости, установляемомъ „въ виду опредѣленнаго требованія“ [1]). Составители уложенія, какъ видно, не рѣшились возобновить старое опредѣленіе, выросшее на романистической почвѣ, гдѣ говорится объ обезпеченіи [2]) требованія посредствомъ вещнаго права. Зная, что имъ придется въ дальнѣйшемъ изложеніи отказаться отъ цѣлаго ряда послѣдствій, связанныхъ съ римской подчиненностью залоговаго права, они предпочли въ начальномъ опредѣленіи упомянуть о требованіи, какъ о той цѣли, которая имѣется въ виду при установленіи ипотеки и изъ за которой должно быть произведено взысканіе съ заложенной вещи. Такое осторожное опредѣленіе, въ которомъ акцессорность замѣнена моментомъ цѣлесообразности [3]), не примѣнимо однако къ Sicherungshypothek, гдѣ осталась старая связь между вещнымъ и личнымъ правомъ [4]). Но кромѣ того противъ всякой ипотеки допускается воздѣйствіе со стороны личнаго правоотношенія, если это не идетъ въ разрѣзъ съ содержаніемъ книжной записи или залоговой росписки [5]). Такимъ образомъ мы видимъ, что умаленіе роли требованія въ начальномъ опредѣленіи съ одной стороны соотвѣтствуетъ тѣмъ статьямъ, гдѣ залоговое

---

1) „Wegen einer bestimmten Geldforderung“ Entwurf I ст. 1062; Уложеніе ст. 1113.

2) Романистическое опредѣленіе воспроизводится Уложеніемъ только относительно заклада движимости, ст. 1204.

3) Ср. Oberneck, Das Hypothekenrecht des bürg. Gesetzbuchs (1897) стр. 45 сл.

4) Уложеніе ст. 1184: Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, dass das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt, und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen darf (Sicherungshypothek).

5) Ст. 1137. 1138.

право можетъ существовать и безъ личнаго права; но оно недостаточно для тѣхъ случаевъ, гдѣ по прежнему все касающееся требованія имѣетъ соотвѣтствующее дѣйствіе на вещное право. Изъ этого уже обнаруживается, что германскому Уложенію не удалось еще урегулировать понятіе объ ипотекѣ. Если же мы дальше прослѣдимъ въ Уложеніи характеръ связи между вещнымъ и личнымъ правомъ, то получится опять картина смѣшенія понятій, какъ и въ прусскомъ законѣ 1872 г. Въ первомъ проектѣ мы читаемъ, что послѣ погашенія требованія, для котораго создана ипотека на недвижимость, вещное право принадлежитъ собственнику, который такимъ образомъ является носителемъ ипотеки [1]). Второй проектъ идетъ еще дальше и постановляетъ, что ипотека, вызванная для несостоявшагося впослѣдствіи требованія, принадлежитъ также собственнику [2]). Эти два положенія, а особенно второе изъ нихъ, несомнѣнно противорѣчатъ опредѣленію объ ипотекѣ, какъ объ обремененіи въ интересахъ требованія, и эти отступленія въ данномъ случаѣ врядъ ли могутъ быть объяснены правами третьихъ лицъ. Они скорѣе вытекаютъ изъ того соображенія, что разъ отмѣчена въ книгѣ ипотечная статья, нѣтъ основанія считать ее недѣйствительной лишь вслѣдствіе отсутствія требованія, а что наоборотъ она должна принадлежать собственнику для дальнѣйшихъ распоряженій. Правда, что гражданское уложеніе спѣшитъ оговорить, что при подобномъ соединеніи активнаго и пассивнаго ипотечнаго субъекта въ одномъ лицѣ, при отсутствіи требованія,

1) Entwurf I ст. 1097.
2) Уложеніе ст. 1163.

Hypothek должна быть разсматриваема какъ Grundschuld [1]). Но рядомъ съ этимъ случаемъ возможны и такія явленія, когда лицо пріобрѣтаетъ залоговое право на собственную вещь и вмѣстѣ съ тѣмъ получаетъ личное требованіе противъ должника: владѣлецъ заложенной вещи уплачиваетъ долгъ лежащій на ней и тѣмъ самымъ становится одновременно пріобрѣтателемъ освободившагося мѣста въ реестрѣ и носителемъ требованія [2]). Онъ можетъ передать вещь кому нибудь другому, и тогда мы будемъ имѣть ипотеку въ обычной формѣ. Но пока оба права соединены въ его рукахъ законъ постановляетъ, что ипотека хотя и остается таковой, но тѣмъ не менѣе должна быть разсматриваема какъ Grundschuld [3])! Изъ этого видно, какъ шатка и произвольна разница между Grundschuld и Hypothek, когда она зависитъ отъ соотношенія личнаго требованія къ вещному праву. Но не нужно ли искать ее въ самой природѣ одного и другаго правомочія — въ самой природѣ ипотеки и Grundschuld? Внимательное чтеніе соотвѣтствующихъ статей [4]) не можетъ и въ этой области удовлетворить изслѣдователя. Какъ по отношенію къ Grundschuld, такъ и относительно ипотеки законъ говоритъ о правѣ для активнаго субъекта на полученіе извѣстной суммы; и это не означаетъ только, что

1) Уложеніе ст. 1177.

2) Уложеніе ст. 1143.

3) Уложеніе ст. 1177. Ср. Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung. II стр. 111 сл.

4) Улож. ст. 1113: Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Hypothek). Ст. 1191: Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Grundschuld).

онъ имѣетъ право на извѣстную часть стоимости вещи при публичной продажѣ оной, но что правомочіе залогодержателя содержитъ прежде всего право на опредѣленное дѣйствіе со стороны пассивнаго субъекта [1]). Такая конструкція необходима при Grundschuld, такъ какъ здѣсь нѣтъ личнаго требованія, которое могло бы обнаружиться. Но если ипотека также опредѣляется, какъ право на уплату суммы, хотя бы только изъ заложенной вещи, то это несомнѣнный шагъ къ возвращенію на точку зрѣнія древне-германскаго права. Мы видѣли, что другія законодательства какъ бы нечаянно и только случайно говорятъ объ обязательствѣ третьяго владѣльца заложенной вещи.

Въ уложеніи же 1896 г. ипотека съ самаго начала опредѣляется какъ право въ роли требованія по отношенію къ любому обладателю залога, и тѣмъ самымъ подрывается связь ипотечнаго права [2]) съ остальными вещными правами.

1) Это вытекаетъ уже изъ сопоставленія двухъ редакцій: ст. 1062 I Entwurf'a и ст. 1113 уложенія. Ст. 1062 гласила: Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass eine bestimmte Person berechtigt ist, wegen einer bestimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen. Расширеніе въ ст. 1113 уложенія (см. стр. 194 прим. 4) очевидное и намѣренное.

2) То же самое можно сказать о правѣ выкупа и о Reallasten, помѣщенныхъ въ III книгѣ уложенія подъ рубрикой Sachenrecht.

ГЛАВА III.

Характеръ современнаго залоговаго права въ Германіи.

Ипотека въ кредитныхъ союзахъ и акціонерныхъ банкахъ. — Складъ въ товарныхъ складахъ. — Залоговыя анормальности. — Обращаемость ипотеки и правомочія держателей закладныхъ листовъ. — Юридическая конструкція Grundschuld. — Анализъ правомочій залогодержателя. — Абсолютныя и относительныя права.

Все изложенное въ предыдущей главѣ имѣло цѣлью показать, что въ германскихъ территоріяхъ, не смотря на рецепцію римской ипотеки, встрѣчаются явленія, напоминающія средневѣковое заловое право, при которомъ удовлетвореніе изъ стоимости заложеннаго объекта исчерпывало право взысканія кредитора. Мы видѣли, что эта особенность объясняется свойствами крѣпостной регистраціи, распространяющей свое дѣйствіе лишь на залоговое право, такъ что послѣднее въ силу принципа достовѣрности считается дѣйствительнымъ, пока оно значится въ книгѣ, тогда какъ самое обезпеченное требованіе остается внѣ книжной формализаціи. Личное правоотношеніе можетъ быть съ самаго начала недѣйствительнымъ или лишиться впослѣдствіи осуществимости; жизнеспособность внесеннаго залоговаго права отъ этого не страдаетъ, вслѣдствіе чего по-

лучается тогда для кредитора одно вещное право безъ сопровожденія личнаго иска[1]). Но было бы ошибочно думать, что установляемая такимъ образомъ косвеннымъ путемъ ограниченная отвѣтственность залогодателя встрѣчается въ современномъ мірѣ лишь въ качествѣ случайнаго результата чисто формальныхъ условій. Средневѣковый взглядъ на залогъ, какъ на сдѣлку, сосредоточивающую право кредитора на опредѣленномъ объектѣ, живъ еще и въ нынѣшней Германіи. Мы видѣли, что Grundschuld слѣдуетъ считать до сихъ поръ не совсѣмъ удавшейся попыткой дать этому давнишнему бытовому воззрѣнію[2]) догматическій обликъ. Но кромѣ того эту ограниченную отвѣтственность легко прослѣдить въ жизни внѣ параграфовъ уложеній и кодексовъ, что служитъ между прочимъ лишній разъ подтвержденіемъ давно уже отмѣченной особенности нашего времени: кодификаціи воспроизводятъ въ цѣломъ рядѣ правовыхъ областей римское ученіе, стараясь придерживаться въ своихъ опредѣленіяхъ изреченій римскихъ юристовъ или по крайней мѣрѣ романистовъ, тогда какъ рядомъ съ этими текстами дѣйствуютъ отдѣльныя и спеціальные узаконенія, статуты и уставы разнообразныхъ учрежденій, которые призваны удовлетворять самымъ существеннымъ потребностямъ жизни; и тамъ большей частью преобладаютъ отступленія отъ романистики.

Подобную двойственность представляетъ и залоговое

---

1) Ср. кромѣ вышеприведенныхъ еще Mascher, Das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen (1869) стр. 568 сл., 574 сл.

2) Ошибочнымъ слѣдуетъ считать взглядъ Jul. Goldschmidt'a, Deutsche Hypothekenbanken стр. 56, на это явленіе, какъ на нѣчто новое. Ср. по этому поводу Kühnast, Untersuchung des Grundschuldbegriffs стр. 67.

право, которое въ настоящее время разсматривается въ общегерманскихъ сборникахъ какъ придаточное право, между тѣмъ какъ въ большинствѣ случаевъ примѣненія его въ жизни оно подлежитъ дѣйствію особыхъ нормъ, благодаря которымъ получается нѣсколько иной характеръ.

Если взять совокупность залоговыхъ сдѣлокъ, заключаемыхъ въ современной Германіи, то первое мѣсто — во всякомъ случаѣ по размѣру денежныхъ оборотовъ — будутъ занимать сдѣлки съ кредитными учрежденіями, земельными банками, ссудными кассами, товарными складами. Всѣ эти кредиторы руководствуются въ своихъ операціяхъ не только общими постановленіями, но главнымъ образомъ своими уставами, имѣющими въ виду опредѣленную цѣль, для достиженія которой личная отвѣтственность является очевидно излишней, не смотря на то, что она съ римской точки зрѣнія и согласно опредѣленію большинства кодексовъ считается необходимымъ основаніемъ для добавочнаго обезпеченія въ видѣ залога. Заемныя же сдѣлки, совершаемыя этими банками или учрежденіями, основаны только на стоимости закладываемыхъ объектовъ и вопросъ о вчинаніи личнаго иска противъ закладчика не имѣетъ такимъ образомъ серьезнаго значенія[1]).

Если мы возьмемъ старѣйшее учрежденіе поземельнаго кредита въ Германіи, земскій банкъ Силезіи, основанный въ 1769 г., то мы получимъ слѣдующую картину. Группа землевладѣльцевъ образовала ипотечный союзъ съ правомъ

1) Отступленіе на второй планъ въ современномъ мірѣ задержанія за долги вообще увеличиваетъ значеніе вещныхъ обезпеченій и вызываетъ необходимость охранительныхъ мѣръ. Ср. Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts (1893). Einleitung.

выдавать закладные листы подъ обезпеченіе недвижимостей членовъ этого общества [1]); за сумму, обезпеченную на отдѣльномъ закладномъ листѣ, отвѣчаетъ соотвѣтствующій участокъ, а въ случаѣ недоимки послѣ продажи онаго — всѣ участки сочленовъ кредитнаго союза [2]). Силезскій банкъ былъ призванъ къ облегченію бѣдственнаго положенія землевладѣльцевъ этой провинціи, сильно пострадавшей отъ семилѣтней войны. Мысль оказалась удачной; ее заимствовали вскорѣ и другія провинціи прусской монархіи [3]). Затрудненія же возникли главнымъ образомъ въ области теоріи: прусскіе юристы не знали, какъ конструировать отношенія, возникающія между заемщиками и капиталистами. Привыкши стоять на римской точкѣ зрѣнія, они допускали залоговое право только при наличности требованія [4]). Здѣсь же на лицо полная защита для держателя закладнаго листа въ томъ видѣ, въ какомъ она обыкновенно вытекаетъ изъ залоговаго права, а между тѣмъ нѣтъ личной отвѣтственности землевладѣльца въ случаѣ неудовлетворенія заимодавца изъ вырученной продажей суммы. Земство является посредникомъ между заемщикомъ и держателемъ закладнаго листа, осуществляя отъ имени послѣдняго сна-

---

1) См. Cabinets-Ordre Фридриха II на имя министра Кармера отъ 29 августа 1769 г. у Rabe, Darstellung des Wesens der Pfandbriefe (1818) I стр. 80 сл.

2) Schlesisches Landschaftsreglement I 2 § 9; III 1 § 30; I 1 § 2 (напечат. у Rabe l. c. T. I стр. 89 сл.).

3) Chur- und Neumärkisches Ritterschaftliches Credit-Reglement 14 іюня 1777 г. (I 1 § 9; III 6 § 276) у Rabe, l. c. I; Pommersches Landschafts-Reglement 13 марта 1781 г. (III 1 § 27), Westpreussisches Landschafts-Reglement 19 апрѣля 1787 г. (I 1 § 2; III 5 § 33) у Rabe l. c. II.

4) На этой точкѣ зрѣнія стояло, какъ извѣстно, тогда прусское право. Ср. Corpus juris Frid. § 4 tit. 2 lib. V pars 2.

чала вещное право противъ заложеннаго участка, а впослѣдствіи субсидіарное право противъ участковъ остальныхъ членовъ земства; но нигдѣ въ уставѣ силезскаго банка не сказано, что каждый отдѣльный заемщикъ отвѣчаетъ за ссуду и всѣмъ остальнымъ своимъ имуществомъ или что его отвѣтственность продолжается послѣ того какъ онъ перестаетъ быть собственникомъ заложеннаго участка. Fischer[1]) не можетъ согласиться съ такимъ пробѣломъ, немыслимымъ въ его глазахъ, вслѣдствіе противоположной точки зрѣнія прусскаго права на обыкновенную ипотеку, и онъ вслѣдствіе этого произвольно расширяетъ право взысканія по закладнымъ листамъ земства, подвергая его дѣйствію и остальное имущество залогодателя. Однако трудно допустить предположеніе о такой отвѣтственности уже потому, что не смотря на подробнѣйшую нормировку отношеній заемщиковъ къ заимодателямъ въ уставѣ силезскаго земства (Landschaft) ничего не сказано о личныхъ долговыхъ отношеніяхъ по займу между заемщикомъ съ одной стороны и банкомъ — или даже держателемъ закладнаго листа — съ другой стороны.

Однажды только упоминается о взысканіи съ остальнаго имущества закладчика, но и то при особыхъ условіяхъ, когда до продажи учреждается администрація надъ заложеннымъ участкомъ: расходы по хозяйству покрываются тогда изъ имущества неисправнаго должника[2]). Но эта отвѣтственность вытекаетъ изъ понятія о negotiorum gestio,

---

1) Die Lehre von den schlesischen Pfandbriefen. Breslau 1837 § 8.

2) См. III. c. 5 sect. I § 32; ср. также Revid. Ostpreussisches Landschaftsreglement 24 дек. 1808 г. § 333 у Rabe l. c. II.

а отнюдь не изъ заемнаго обязательства, которое расчитано исключительно на стоимость вещнаго обезпеченія. И въ виду того, что на второмъ планѣ поставлена какъ дополнительная гарантія стоимость всѣхъ остальныхъ заложенныхъ участковъ, то понятно, что уставы сочли возможнымъ оставить въ сторонѣ вопросъ о личномъ кредитѣ заемщиковъ. На это указывалъ уже вскорѣ послѣ учрежденія банка Suarez[1]), объясняя противникамъ новаго учрежденія, что двойное залоговое право на имѣніе должника и на недвижимости сочленовъ было вполнѣ достаточно, и что капиталисты, отдающіе свои деньги Landschaft, не нуждались въ связи личнаго характера. Экономическій моментъ вытѣсняетъ такимъ образомъ юридически-догматическое соображеніе.

Rabe[2]) тѣмъ не менѣе старался отыскать здѣсь требованіе, которое бы служило основаніемъ правоотношенію; и для этого онъ призналъ существованіе требованія между заимодавцемъ и банкомъ; послѣдній долженъ уплатить держателю закладнаго листа извѣстный процентъ и капиталъ, а въ обезпеченіе этого требованія заимодавецъ имѣетъ залоговое право противъ собственника опредѣленнаго участка. Но если имѣть въ виду, что это мнимое требованіе противъ земскаго банка сводится къ осуществленію тѣхъ правомочій, которыя вытекаютъ изъ закладнаго листа, т. е. къ взысканію противъ заложеннаго по этому листу участка и субсидіарному взысканію съ остальныхъ участковъ, то легко будетъ отказаться отъ

1) Bemerkungen über die schlesische Landschaft (Breslau 1778) стр. 55—85.
2) Darstellung des Wesens der Pfandbriefe T. I Einleitung, стр. 9.

конструкціи этого требованія, едва ли нужнаго для выясненія истиннаго характера даннаго правоотношенія.

Такимъ образомъ силезское ипотечное общество представляетъ примѣръ залоговаго права безъ личнаго обязательства; подобное явленіе можно отмѣтить въ уставахъ остальныхъ прусскихъ земскихъ банковъ [1]), учрежденныхъ въ концѣ прошлаго и въ началѣ нынѣшняго столѣтія; цѣлесообразность ихъ операцій построена исключительно на правильности оцѣнокъ закладываемыхъ участковъ. Не безинтересно указать, что во время общаго экономическаго кризиса, послѣдовавшаго послѣ разгрома Пруссіи въ 1806 г., правительство разрѣшило земскимъ банкамъ обращать свое взысканіе и противъ остальнаго имущества неисправныхъ должниковъ, главнымъ образомъ движимаго имущества [2]). Это лучше всего доказываетъ, что по уставамъ этихъ ипотечныхъ союзовъ неограниченная отвѣтственность не предполагалась. Такія мѣры, какъ только что приведенная, могли конечно имѣть лишь временное значеніе и по возстановленіи нормальныхъ условій нѣкоторые статуты нововозникшихъ земскихъ кредитныхъ обществъ сочли даже нужнымъ прямо исключать личную отвѣтственность [3]), ясно

1) Исключеніемъ въ этомъ отношеніи является Pommersches Reglement 1781 г. III c. 5 § 6.

2) Rescript des Justizministers für die ostpreussische Landschaft отъ 16 февраля 1811 г. (у Rabe l. c. II стр. 590) . . . gegen diese Restanten mit Abpfändung und Verkauf ihrer Effecten, insbesondere der Luxuswagen, Kutschen und Reitpferde, des Silbers, der Kostbarkeit n . . . bei der bereits anerkannten Fruchtlosigkeit und Verderblichkeit der Sequestrationen in dem jetzigen Zeitpuncte . . . in der Art verfahren werden könnte . . .

3) См. познанскій Landschaftsreglement 1821 г. § 272 у Brünneck, Beiträge zur Geschichte und Dogmatik der Pfandbriefsysteme nach preuss. Rechte въ Gruchot's Beiträge XXVIII стр 537. Ср. тамъ же стр. 352, постановленіе силезской Landschaft отъ 1837 г., направленное противъ личной отвѣтственности залогодателей.

указывая этимъ, что единственнымъ основаніемъ открываемаго кредита должна служить цѣнность представляемыхъ въ залогъ недвижимостей [1]).

Въ теченіе второй половины нынѣшняго вѣка стали возникать другіе кредитные союзы, отличающіеся отъ старыхъ Landschaften своей внутренней организаціей; въ большинствѣ изъ нихъ уже отсутствуетъ круговая порука залогодателей [2]) и закладные листы уже не обременяютъ опредѣленныхъ участковъ, а являются только обѣщаніемъ со стороны кредитнаго учрежденія уплатить извѣстную сумму держателю документа [3]). Объ этомъ ослабленіи правомочій кредитора въ современныхъ ипотечныхъ банкахъ будетъ рѣчь ниже. Здѣсь должно быть только указано на отличительную черту всѣхъ этихъ залоговыхъ учрежденій стараго и новаго образца, а именно на то, что личная отвѣтственность залогодателей не входитъ въ соображенія составителей уставовъ. Въ общественныхъ ипотечныхъ союзахъ [4]),

---

1) Къ типу прусскихъ Landschaften должны быть отнесены прибалтійскіе кредитныя общества: эстляндское кредитное общество 1802 г., лифляндское земельное общество 1803 г. и курляндское кредитное общество 1830 г. Интересно отмѣтить, что уставъ послѣдняго учрежденія (§ 94; въ изд. 1874 г. § 97 и Conventsbeschlüsse 1842 г. § 2) давалъ кредитному обществу генеральное залоговое право на имущество должника. Теперь послѣ реформы 1889 г. нужно будетъ признать, что остальное имущество должника не отвѣчаетъ по выданной ссудѣ. Уставъ лифляндскаго общества наоборотъ въ своемъ новѣйшемъ изданіи 1896 г. оговариваетъ право для общества направлять свое взысканіе противъ всякаго имущества залогодателя (§ 77 прим.).

2) Ср. Gierke, Genossenschaftsrecht I, стр. 1072.

3) См. Brünneck въ Gruchot's Beiträge XXIX стр. 23 сл. — Къ этимъ учрежденіямъ относятся между прочимъ Sächsischer Creditverband 1864 г. (§§ 1, 12 устава) и Berliner Pfandbriefinstitut 1868 г. (см. §§ 2 7, 12, 15 устава).

4) Обзоръ уставовъ этихъ учрежденій даетъ Hecht, Die staatlichen und provinziellen Bodencreditinstitute Deutschlands. I. II.

какъ и въ акціонерныхъ банкахъ [1]), все вниманіе обращено на стоимость принимаемаго въ залогъ участка; и въ новѣйшихъ уставахъ, выдающихъ безразлично ссуды подъ обезпеченіе Hypothek или Grundschuld, мы нигдѣ не встрѣчаемъ указаній на дополнительную отвѣтственность остальнымъ имуществомъ [2]). Законодатель нерѣдко въ интересахъ заимодавцевъ издаетъ извѣстныя правила съ тѣмъ, чтобы стѣснять банки при производствѣ оцѣнокъ. Первоначальныя Normativbedingungen въ Пруссіи были до такой степени строги, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ банкамъ приходилось выговаривать себѣ облегчительныя положенія [3]). Новѣйшія Normativbedingungen 1893 г., имѣвшія цѣлью усилить надзоръ государства въ вопросахъ ипотечнаго кредита, подчеркнули опять обязательность извѣстнаго максимума при оцѣнкахъ [4]). Правильное соотношеніе между размѣромъ ссуды и стоимостью имѣнія является въ глазахъ правительства conditio sine qua non для удачнаго хода дѣла въ ипотечныхъ банкахъ. Не смотря на то, что не выдается заемщику полная оцѣночная сумма въ виду возможности колебаній цѣнъ, уставы кредитныхъ учрежденій предвидятъ все

---

1) Ср. напр. Statuten der Frankfurter Hypothekenbank (1885); der Süddeutschen Bodencreditbank (1897); der Württembergischen Hypothekenbank (1867); Rheinische Hypothekenbank zu Mannheim (1893); Preussische Hypotheken-Actien-Bank (1864); Real-Credit-Bank (1897); preussische Boden-Credit-Actien-Bank (1868); deutsche Hypothekenbank in Meiningen (1862); Hypothekenbank in Hamburg (1871); preussische Pfandbriefbank (1862); oesterr. Central-Boden-Credit-Bank: Deutsche Grundcreditbank zu Gotha (1863); Braunschweig-Hann. Hyp.-Bank (1871) и др.

2) Ср. статуты der pfälzischen Hypothekenbank in Ludwigshafen § 4.

3) Правила отъ 6 іюля 1869 г. См. Schmidt, Die Normativbedingungen f. d. preuss. Hyp.-Banken (1883).

4) Preussische Normativbedingungen für Hypothekenbanken 27 іюля 1893 г. § 3. — Ср. также Preussische Boden-Credit-Actien-Bank § 19.

таки обстоятельства, при которыхъ продажа можетъ не покрывать долга, и по этому содержатъ постановленія объ образованіи запасныхъ фондовъ для пополненія недоимокъ [1]). Въ теченіе столѣтія возникали даже особыя страховыя общества, которыя за опредѣленную премію брали на себя обязанность покрывать убытокъ ипотечныхъ банковъ, вызванный неудачною продажею заложенной недвижимости[2]) Принимаются такимъ образомъ добавочныя охранительныя мѣры, но въ ихъ число не входитъ личная отвѣтственность залогодателя; уставы повидимому даже избѣгаютъ упоминать о ней, такъ какъ она могла бы служить косвеннымъ поводомъ къ ослабленію правильности оцѣнокъ, если бы личный кредитъ призывался къ роли вспомогательнаго фактора.

Очевидно, что въ громадномъ количествѣ залоговыхъ сдѣлокъ современнаго оборота отсутствуетъ понятіе о личномъ требованіи, какъ объ обязательственномъ отношеніи между контрагентами, изъ котораго бы вытекала отвѣтственность должника всѣмъ своимъ имуществомъ. Явленіе это здѣсь не вытекаетъ изъ тѣхъ формальныхъ моментовъ, о которыхъ была рѣчь въ предыдущей главѣ; устраненіе акцессорности основано на самомъ характерѣ сдѣлокъ, заключаемыхъ ипотечными банками въ роли заимодавцевъ. Производимыя ими заемныя операціи образуютъ въ сущности одну главу въ исторіи наступательнаго движенія капиталовъ, такъ какъ ипотечныя помѣщенія являются на

1) Ср. напр. Realcreditbank für Berlin § 40; Preussische Bodencreditbank § 42.

2) См. Roscher, System der Volkswirthschaft II, стр. 440 (изд. 1879 г.). — Ср. еще Engel, Die Hypothekenversicherung (1858).

самомъ дѣлѣ вторженіемъ денегъ въ поземельныя сферы. Кредитная сдѣлка вызвана прежде всего нуждой землевладѣльца, но она вмѣстѣ съ тѣмъ даетъ возможность капиталисту принять, хотя и косвенное, участіе въ полученіи плодовъ земли. Привлекаемый гарантіей реальнаго кредита этотъ капиталистъ имѣетъ въ виду исключительно эту землю; она для него интересна, тогда какъ постоянно мѣняющаяся личность ея обладателя не представляетъ для него существеннаго значенія. Этотъ видъ обременія не можетъ, конечно, претендовать на исключительное господство въ жизни; установленіе долга на недвижимости можетъ имѣть и чисто обезпечительное значеніе, какъ добавочная гарантія къ обязательству изъ подряда, купли-продажи, найма и т. д. Стоимость недвижимости въ такихъ случаяхъ не всегда покрываетъ весь интересъ кредитора, и нѣтъ основанія лишить его личнаго иска, тѣмъ болѣе что при заключеніи сдѣлки имѣется въ виду дѣйствіе со стороны опредѣленнаго должника[1]). Сказанное до сихъ поръ относилось къ залогу недвижимости.

Но и въ области заклада движимости можно отмѣтить такую же двойственность видовъ. И тамъ встрѣчаются сдѣлки, гдѣ отдаваемый залогодержателю предметъ считается полнымъ эквивалентомъ за занятыя деньги и гдѣ эта передача исчерпываетъ кругъ дѣйствій, къ которымъ кредиторъ можетъ принудить должника. Мы уже выше встрѣтились съ судными кассами, основанными для лицъ, не имѣющихъ лич-

1) Сведеніе залоговыхъ сдѣлокъ къ этимъ двумъ типамъ значительно упростило бы законодательную нормировку. Ср. Gerber, System des deutschen Privatrechts (1895) § 153.

наго кредита, и мы видѣли, что тамъ закладодержатель большей частью лишенъ личнаго иска противъ заемщика. Въ связи съ этимъ явленіемъ можно упомянуть о закладѣ предметовъ, находящихся на товарныхъ складахъ. Какъ извѣстно, при заключеніи этого особаго вида поклажи выдается обыкновенно хозяйну товара кромѣ складочнаго еще залоговое свидѣтельство или варрантъ, подъ которое могутъ быть выданы ссуды. Контрагентъ получаетъ тогда отъ хозяина товара этотъ документъ, съ которымъ связано для него право на удовлетвореніе изъ стоимости названнаго товара; до срока платежа это залоговое правомочіе кредитора можетъ быть передано по надписямъ. Австрійскій законъ [1]), какъ французскій и русскій, даетъ держателю закладнаго свидѣтельства въ случаѣ недостаточности товара право регресса противъ предшествующихъ индоссантовъ, при чемъ этотъ обратный ходъ нормированъ по аналогіи съ вексельнымъ регрессомъ. На первый взглядъ можетъ получиться впечатлѣніе, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ обыкновеннымъ личнымъ обязательствомъ, обезпеченнымъ правомъ на вещь, съ той лишь разницею, что собственникъ товара можетъ до продажи опаго устранить отъ себя взысканіе съ остальнаго имущества [2]). По-

1) Gesetz betreffend die Errichtung öffentlicher Lagerhäuser vom 28. April 1889 § 17: Die Lagerhausunternehmung ist verpflichtet dem Hinterleger auf dessen Verlangen über die in ihrem Lagerhause eingelagerte Waare einen Lagerschein auszustellen, welcher . . . aus zwei zusammenhängenden, jedoch von einander trennbaren Theilen, und zwar: 1. dem Lager Besitzscheine (Recepisse), und 2. dem Lager Pfandscheine (Warrant) zu bestehen hat.

2) § 36. Dem Eigenthümer des Warrants steht, wenn er durch den Verkauf der Waare nicht vollständig befriedigt wurde, für den nicht gedeckten Theil seiner Forderung der Regress gegen den ersten Indossanten des Warrants und dessen Nachmänner zu. Für diesen Regress sind die Bestimmungen der allgemeinen Wechselordnung massgebend.

нятіе объ акцессорности было бы такимъ образомъ спасено. Однако подобная конструкція врядъ ли соотвѣтствуетъ дѣйствительности: регрессъ можетъ вообще возникать только послѣ установленія факта непокрытія залоговой суммы; только тогда зарождается это личное право, какъ вспомогательное средство. Это уже значительно подрываетъ мнимую акцессорность права, вытекающаго изъ варранта, и ставитъ скорѣе личное право въ зависимость отъ вещнаго, чѣмъ наоборотъ. Кромѣ того нужно имѣть въ виду, что личный и вещный искъ не имѣютъ здѣсь одинаковаго содержанія: первый сводится къ уплатѣ выданной ссуды; размѣръ же втораго, какъ размѣръ обратнаго иска при переходѣ отъ однаго индоссанта къ другому, постоянно ростетъ [1]). Наконецъ отсутствіе подчиненности залоговаго права личному обязательству при поклажѣ въ Lagerhaus иллюстрируется лучше всего тѣми случаями, когда нѣтъ регресса: австрійскій законъ даетъ право обратнаго иска только противъ предшественниковъ держателя закладнаго свидѣтельства, такъ что первый держатель документа регресса имѣть не можетъ[2]). Если же онъ впослѣдствіи выкупитъ варрантъ послѣ отчужденія складочнаго свидѣтельства, то онъ получитъ залоговое право на товаръ, безъ всякой возможности предъявлять потомъ личный искъ противъ кого бы то ни было. Этимъ убѣдительно доказывается, что если право изъ варранта должно быть отнесено къ области залоговыхъ правомочій, оно тѣмъ не менѣе является правомъ

---

1) Ср. Adler, Das österreichische Lagerhausrecht (1892) стр. 182 сл.

2) § 20. Wird der Warrant abgesondert übertragen, so muss das erste, die abgesonderte Uebertragung bezweckende, Indossament des Warrants enthalten . . .; ср. § 36.

на взысканіе, направленное противъ опредѣленныхъ предметовъ помимо всякой зависимости отъ личной связи закладодателя и закладодержателя. Добавочная гарантія, созданная въ видѣ дополнительнаго взысканія, введена законодателемъ скорѣе вслѣдствіе желанія идти по стопамъ векселя въ ученіи о регрессѣ, чѣмъ для удовлетворенія потребностей практики. Въ жизни этотъ регрессъ закладодержателя остается почти всегда lettre morte, ибо размѣръ ссуды, выдаваемой подъ товаръ, легко можетъ быть вырученъ изъ продажи, да и закладъ товара является на самомъ дѣлѣ скорѣе отчужденіемъ съ возможностью выкупа въ случаѣ вздорожанія товара, чѣмъ кредитной сдѣлкой въ настоящемъ смыслѣ. Личная отвѣтственность закладодателя въ нѣкоторыхъ странахъ прямо отвергается законодательствомъ [1]), и въ новѣйшей германской литературѣ раздаются уже голоса за ея исключеніе изъ будущаго закона о товарныхъ складахъ [2]).

Обнаруживается такимъ образомъ, что экономическія условія создали въ области движимаго имущества, какъ и недвижимаго, виды залоговаго права, гдѣ обязательственный моментъ сливается съ вещнымъ въ одинъ искъ, который содержитъ въ себѣ притязаніе на полученіе извѣстной суммы, но съ той особенностью, что въ принудительномъ порядкѣ

---

1) Ср. Hecht, Die Warrants въ Beilageheft zur Zeitschrift f. Handelsrecht XXIX стр. 21, 35.

2) Ср. Simonson, Lagerhaus- und Lagerscheinrecht въ Zeitschrift f. Handelsrecht XLV стр. 582 сл.; Bayerdörfer, Das Lagerhaus und Warrantssystem въ Jahrbücher für Nationalöconomie XXXI, I стр. 39. — Торговое уложеніе въ изд. 1897 г. касается въ ст. 416—424 только отношенія хозяина товара къ складу и по этому случаю упоминаетъ (424) о документѣ, выдаваемомъ поклажепринимателемъ. Изъ сопоставленія со ст. 365 можно было бы вывести, что уложеніе не предполагаетъ регресса.

выдача этой суммы можетъ быть произведена изъ стоимости заложенной вещи. Выше было указано, почему заемъ подъ обезпеченіе недвижимости въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ заключается въ виду доходности и рыночной цѣны поземельнаго участка; кредиторъ расчитываетъ въ случаѣ неуплаты процентовъ и капитала получить полное удовлетвореніе изъ заложеннаго участка и не обращаетъ вниманія на остальное имущество должника.

Современный поземельный кредитъ стоитъ очевидно на средневѣковой точкѣ зрѣнія, въ силу которой залогъ считался достаточнымъ эквивалентомъ за возникшій долгъ. Но можно себѣ представить въ будущемъ возвращеніе и къ древнѣйшему періоду среднихъ вѣковъ, когда недвижимость не подвергалась продажѣ за долги. Экономисты [1]) уже начинаютъ говорить о необходимости сдѣлать поземельные (по крайней мѣрѣ плодоприносящіе) участки неотчуждаемыми. Этимъ открывается для насъ перспектива залога, при которомъ должникъ, получивши безвозвратную ссуду, обязывается взамѣнъ платить ежегодную ренту, за которую онъ отвѣчаетъ плодами и другими принадлежащими ему движимыми вещами, но отнюдь не участкомъ, служащимъ основой его сельскохозяйственной дѣятельности. Получается такимъ образомъ картина совершенно противоположная теперешнему положенію: нынѣ при ипотечномъ кредитѣ залогодержатель удовлетворяется принципіально только изъ стоимости земли; тогда же онъ будетъ имѣть право обращать свое взысканіе

---

1) См. Lorenz von Stein, Die drei Fragen des Grundbesitzes стр. 158 и 182.

противъ всего, кромѣ недвижимости должника. Принципъ неотчуждаемости впрочемъ начинаетъ уже выходить изъ сферъ экономическихъ мечтаній въ Германіи: т. н. Rentengüter, учрежденныя недавно въ нѣкоторыхъ провинціяхъ Пруссіи, могутъ быть отчуждаемы лишь съ разрѣшенія правительственнаго коммиссара[1]). Дальше нужно отмѣтить, что въ концѣ 1890 г. въ Рейхстагъ былъ внесенъ проектъ т. н. Heimstättengesetz, имѣющаго цѣлью сохранять за сельскими хозяевами извѣстное минимальное количество земли, которое бы не подлежало ни продажѣ, ни залогу[2]). Проектъ до сихъ поръ остался еще не тронутымъ, но его осуществленіе въ болѣе или менѣе отдаленномъ будущемъ не представляетъ ничего невѣроятнаго. Наконецъ, не безинтересно упомянуть, что и среди юристовъ, какъ будто, начинаетъ проглядывать сочувствіе этому направленію: самъ Dernburg, имя котораго такъ тѣсно связано съ литературой римскаго и современнаго залоговаго права, переживаетъ очевидно періодъ разочарованій[3]) и готовъ усомниться въ желательности принудительнаго отчужденія, вытекающаго изъ вещнаго обремененія[4]).

Колебаніе взглядовъ въ этой правовой области, какъ и въ другихъ, вызвано экономическими или чисто государ-

---

1) См. зак. 7 іюня 1891 г. § 4 и зак. 8 іюня 1896 г. § 7. Ср. Brenken, Zur Reform des Anerbenrechts.

2) Ср. Kaull, Die preussische Rentengutsgesetzgebung und das Heimstättenrecht (1895) стр. 78 сл.

3) Ср. Die Phantasie im Recht (1892).

4) Preuss. Hypothekenrecht II стр. 44: „Ist es denn ein solcher Verdienst um Staat und Gesellschaft einen Grundbesitzer, der in Zahlungsverlegenheit ist, seines Besitzes zu entsetzen, dass dasselbe mit Vorrechten zu belohnen ist, ?“ — восклицаетъ не безъ меланхоліи Dernburg по поводу судебнаго залоговаго права.

ственными соображеніями, которыя и призваны воздѣйствовать на правовѣдѣніе. Когда юриспруденція сама берется за рѣшеніе экономическихъ и соціальныхъ задачъ, то она перестаетъ быть юриспруденціею и выходитъ изъ своей роли, которая сводится къ догматическому построенію новыхъ, жизнью выдвинутыхъ началъ. Эта форма служенія интересамъ обществу, какъ бы она ни казалась иногда скромной, принадлежала, по крайней мѣрѣ, до сихъ поръ нашей наукѣ. На юриспруденціи, конечно, всегда отражались теченія, господствовавшія въ оборотѣ. Но такъ какъ эти теченія быстро мѣняются, въ нѣкоторыхъ случаяхъ почти незамѣтно, то понятно, что праву нерѣдко не удается тотчасъ же слѣдовать за ними; получаются тогда законодательные акты, которые идутъ въ разрѣзъ съ господствующимъ въ это время ученіемъ юристовъ, а иногда даже съ остальными отдѣлами малеріальнаго права. Именно такое разнообразіе и является главнымъ препятствіемъ для правильнаго опредѣленія внутренняго характера какого нибудь правоваго института въ данную эпоху.

По отношенію къ залоговому праву современныхъ германскихъ территорій можно встрѣтить въ литературѣ два противоположныхъ взгляда. Одни утверждаютъ, что XIX столѣтіе означаетъ возвращеніе къ древне-германскимъ воззрѣніямъ на залогъ [1]), и для этого они ссылаются между прочимъ на обязательность крѣпостной регистраціи и на постепенное погашеніе банковыхъ ипотечныхъ долговъ, близко подходящее къ рентной системѣ [2]).

---

1) См. Sohm въ Grünhuts Zeitschrift V, стр. 8.

2) См. Kohlschütter въ Arch. f. pol. Oeconomie N. F. I стр. 213 сл.; ср. еще Lit. Centralblatt 1876, стр. 473.

Романисты [1]) наоборотъ, признавая цѣлый рядъ уклоненій отъ римскаго права, все-таки стараются доказать, что основной характеръ вещнаго обезпеченія остался неизмѣненнымъ, и что, не смотря на нѣкоторыя ослабленія связи между главнымъ и акцессорнымъ правоотношеніемъ, залогъ по прежнему устанавливается какъ вещное право, преслѣдующее опредѣленную цѣль, для достиженія которой также существуетъ личный искъ [2]).

Споръ этотъ не можетъ быть окончательно рѣшенъ уже потому, что правовая жизнь не замираетъ; новыя явленія вызываютъ перевѣсъ то въ одну, то въ другую сторону. Нельзя отрицать напр., что въ ученіи о закладѣ движимости послѣ увлеченія обязательностью ручнаго заклада германскаго права [3]) наступаетъ теперь сознаніе необходимости допускать въ нѣкоторыхъ случаяхъ ипотеку движимости. Если съ одной стороны для кредитора является важнымъ получить съ самаго начала обладаніе вещью и если съ другой стороны ручной закладъ обезпечиваетъ интересъ публики, не рискующей пріобрѣтать обремененную долгами движимость, то все-таки можно себѣ представить обстоятельства, при которыхъ для должника основаніемъ реальнаго кредита являются предметы, владѣнія которыми онъ безъ ущерба лишиться не можетъ; между тѣмъ кредиторъ расположенъ довѣрять ему на-

1) См. напр. Baron въ Jahrbücher f. Nationalöconomie N. F. XIX (1889) стр. 226. Въ томъ же смыслѣ впрочемъ и Roth, Archiv f. civ. Praxis LXII (1879) стр. 98, и Bayr. Civilrecht § 184.

2) Къ этимъ выводамъ присоединяется и Meibom, по поводу новѣйшихъ залогодательныхъ актовъ, мало оправдавшихъ его построенія; см. Arch. f. civ. Praxis LXXIV стр. 338 и 375.

3) Ср. узаконенія, приведенныя у Roth, System d. deutschen Privatrechts § 324.

столько, чтобы оставлять эти вещи въ его рукахъ, но все-таки желаетъ получить на нихъ преимущественное право удовлетворенія въ случаѣ конкурса. По господствующему въ Германіи нынѣ принципу [1]) такой залогъ былъ бы немыслимъ, ибо необходима передача движимости закладодержателю. И вотъ въ обходъ этихъ постановленій на практикѣ заключаются сдѣлки [2]), по которымъ съ внѣшней стороны вещь передается въ собственность другому лицу за деньги, съ тѣмъ чтобы продавецъ сохранялъ право пользоваться ею, а также право обратнаго выкупа до истеченія опредѣленнаго срока. На самомъ же дѣлѣ эти договоры не содержатъ купли-продажи и не направлены къ отчужденію имущества [3]), а скрываютъ только установленіе ипотеки на движимость. Подобныя залоговыя соглашенія интересны также въ томъ смыслѣ, что они устраняютъ личную отвѣтственность: въ случаѣ конкурса должника, т. е. продавца, кредиторъ, т. е. покупщикъ, получаетъ свою вещь изъ массы какъ сепаратистъ, не имѣя противъ продавца личнаго иска [4]).

Нужно впрочемъ замѣтить, что ипотека на дви-

---

1) Reichsconcursordnung § 40.

2) Reichsgericht въ рѣшеніи отъ 10 окт. 1880 г. (Entsch. II 44) призналъ допустимость такихъ сдѣлокъ, не смотря на то, что онѣ скрываютъ обезпечительную цѣль. Leist же въ своей книгѣ „Die Sicherung von Forderung durch Uebereignung von Mobilien“ (1888) стр. 73 старается провести довольно узкія границы дѣйствительности этихъ договоровъ и требуетъ между прочимъ, чтобы они не нарушали запрещенія lex commissaria и не допускали обладанія должника!

3) Ср. тоже Deutsche Gewerbeordnung 1 іюля 1883 г. § 34.

4) При такой продажѣ однако́ выкупъ можетъ быть возложенъ на продавца не какъ право, а какъ обязанность, и тогда онъ по этому требованію отвѣчаетъ всѣмъ имуществомъ. Ср. Archiv f. württ. Recht XVI стр. 270 и 277 сл., а также Hellwig, Eigenthumsübertragung zur Sicherung einer Forderung въ Arch. f. civ. Praxis LXIV стр. 380.

жимость не всегда проявляется какъ negotium in fraudem legis; въ нѣкоторыхъ кодексахъ, въ германскомъ Уложеніи напр., мы видимъ, что ипотека на недвижимость простирается на инвентарь и плоды [1]), пока эти движимыя вещи не вышли изъ обладанія залогодателя [2]). Доктрина [3]) старается провести здѣсь обыкновенно понятіе о залогѣ недвижимости, обнимающемъ между прочимъ продолженія или принадлежности оной. Но этимъ путемъ тѣмъ не менѣе не устраняется въ области теоріи отступленіе отъ общаго принципа, не допускающаго ипотеки на движимость, такъ какъ собранный урожай, скотъ, сельскохозяйственныя орудія, находящіяся на участкѣ, обременены вещнымъ правомъ, не смотря на то, что они не вошли въ обладаніе залогодержателя. Отступленіе еще ярче обнаруживается въ прусскомъ законѣ о залогѣ желѣзныхъ дорогъ [4]); послѣднія образуютъ т. н. Bahneinheiten, въ которыя входитъ движимое и недвижимое имущество даннаго общества [5]); залогъ этой совокупности [6]) не препятствуетъ обращенію подвижнаго состава, такъ что вагоны, принадлежащіе залогодателю могутъ циркулировать по всѣмъ дорогамъ Европы

---

1) Ср. §§ 1120 и 1121 имперскаго Уложенія. По саксонскому же праву залоговое право не распространяется, ни на инвентарь, ни на отдѣленные плоды. Bürg. Gesetzbuch §§ 411—414.

2) §§ 1121, 1122 Уложенія. Этимъ и смягчается опасность, которая могла бы вытекать изъ такой ипотеки.

3) Ср. Sauer, Zur Lehre von den Rechten des Hypothekgläubigers an dem Wirthschaftsinventar (1890) стр. 10 сл.; Kronig, Die pfandrechtliche Haftung der Früchte einer verpfändeten Sache (1891), стр. 38 сл.

4) Gesetz betreffend das Pfandrecht an Privateisenbahnen 19 августа 1895 г.

5) § 4. Zur Bahneinheit gehören: . . . 3, die dem Bahnunternehmer gehörigen beweglichen körperlichen Sachen, welche zur Herstellung, Erhaltung oder Erneuerung der Bahn, oder zum Betriebe des Bahnsunternehmens dienen.

6) § 16 названнаго закона.

и оставаться все-таки подвластными залоговому праву кредитора. Здѣсь еще менѣе, чѣмъ въ предыдущихъ случаяхъ, соблюдается принципъ обязательности ручнаго заклада движимости.

Право иногда не поспѣваетъ на защиту нововозникшихъ экономическихъ явленій. Отношенія, не могущія быть подведенными подъ существующія рубрики, нуждаются тогда въ экстренныхъ мѣрахъ со стороны законодателя; а потомъ уже наступаетъ роль юридической догматики, призванной къ опредѣленію теоретическаго характера созданнаго такимъ путемъ института. Подобный пробѣлъ, вызванный отсутствіемъ соотвѣтствующихъ постановленій въ арсеналѣ дѣйствующихъ системъ, можно отмѣтить по отношенію къ закладнымъ листамъ, выпускаемымъ ипотечными банками въ теченіе второй половины столѣтія. Критическое положеніе, въ которомъ очутились держатели этихъ бумагъ, которыя дотолѣ считались снабженными вещнымъ обезпеченіемъ, принадлежитъ несомнѣнно къ числу самыхъ курьезныхъ эпизодовъ въ исторіи современнаго залоговаго права. Выше было указано на то, что въ первоначальныхъ ипотечныхъ союзахъ закладной листъ соотвѣтствовалъ опредѣленному участку, на который устанавливалось обремененіе въ размѣрѣ данной суммы; такимъ образомъ въ этихъ сдѣлкахъ не нарушалось понятіе о залоговомъ правѣ, не смотря на то, что между землевладѣльцемъ и заимодавцемъ фигурировалъ банкъ, какъ посредникъ[1]). Впослѣдствіи же образовались другія кредитныя учрежденія не въ видѣ союзовъ землевладѣль-

1) Ср. Pavlíček, Das Pfandbriefrecht (1895) стр. 14.

цевъ, связанныхъ круговой порукой, а въ формѣ соединенія капиталистовъ, учреждавшихъ акціонерныя товарищества[1]), которыя расширяютъ кругъ своихъ ипотечныхъ операцій посредствомъ выпуска закладныхъ листовъ, содержащихъ здѣсь только простое требованіе противъ банка. Залогодатель отвѣчаетъ такимъ образомъ передъ банкомъ по залоговой сдѣлкѣ заложеннымъ участкомъ; за уплату же процентовъ и капитала по закладному листу банкъ отвѣчаетъ передъ своими заимодавцами, какъ обыкновенный должникъ, всѣмъ своимъ имуществомъ и главнымъ образомъ тѣми залоговыми правами, которыя онъ пріобрѣтаетъ противъ залогодателей. Въ нѣкоторыхъ уставахъ такихъ банковъ даже упоминалось, что держатели листовъ имѣютъ „преимущественное право“ на удовлетвореніе изъ этой части актива банка, и такая оговорка казалась достаточной[2]), пока не наступилъ общій финансовый кризисъ въ Германіи, коснувшійся также ипотечныхъ бумагъ въ срединѣ семидесятыхъ годовъ[3]). Обнаружилось тогда, что гарантія закладныхъ листовъ, которой придавался вещ-

---

1) См. уставы вышеприведенныхъ банковъ (стр. 204). Впрочемъ и въ нѣкоторыхъ союзахъ землевладѣльцевъ, возникшихъ впослѣдствіи, закладные листы потеряли свой вещный характеръ, см. § 2 банка Erbl. rittersch. Creditvereins im Königreich Sachsen 19 мая 1844 г. (изд. Bodenhausen 1896 г.).

2) Такъ напр. по поводу § 3 Nürnberger и Bayrische Vereins-Bank Stroell, Ueber die concursrechtliche Sicherheit der fundirten Geldpapiere стр. 10. Въ другихъ уставахъ — напр. Bayrische Hypoth. und Wechselbank § 46 (см. Stroell l. c. стр. 8) — ипотеки, пріобрѣтенныя банкомъ прямо назывались „Unterpfand“ по отношенію къ правамъ держателей закладныхъ листовъ; но тѣмъ не менѣе не оказалось на лицо необходимыхъ моментовъ для осуществленія настоящаго закладнаго права, см. Volz, Das Pfandbriefsystem der Bayr. Hyp. und Wechselbank, стр. 21 сл.

3) См. Jul. Goldschmidt, Ueber den Entwurf eines Gesetzes betreffend das Faustpfandrecht für Pfandbriefe (1880), стр. 16 сл.

ный характеръ, легко могла превратиться въ фикцію при открытіи конкурса надъ земельными банками. Послѣдніе въ большинствѣ случаевъ заключаютъ не только ипотечныя сдѣлки, но производятъ кромѣ того всякія другія банковыя операціи, такъ что въ случаѣ прекращенія платежей могутъ поступать требованія не только отъ держателей закладныхъ листовъ, но и отъ другихъ кредиторовъ. Въ виду этого могъ, конечно, возникнуть вопросъ о порядкѣ удовлетворенія этихъ кредиторовъ и о категоріяхъ имущества, подлежащихъ распредѣленію. Несомнѣнно было, что имущество банка за исключеніемъ залоговыхъ правъ должно было быть раздѣлено поравну, такъ какъ держатели закладныхъ листовъ по отношенію къ нему не могли претендовать на какое либо преимущество. Но главная часть актива банка состоитъ въ ипотечныхъ правахъ, установленныхъ на участки залогодателей, и понятно, что для остальныхъ кредиторовъ было крайне интересно направить свое взысканіе именно противъ этого имущества. На самомъ же дѣлѣ послѣ несостоятельности могло обнаружиться, что залоговыя права отчасти уже не находились въ рукахъ банка, такъ какъ его представители были въ состояніи ими распоряжаться, не нарушая дѣйствующихъ законовъ.

Выше было неоднократно указано на стремленіе современнаго германскаго права, направленнаго къ облегченію способовъ передачи ипотечныхъ правъ, такъ какъ въ этомъ усматривалось conditio sine qua non для нормальнаго поземельнаго кредита. Иронія же судьбы превратила эту мнимую выгоду въ прямую опасность для лицъ, отдававшихъ свои деньги съ увѣренностью, что они взамѣнъ получаютъ вещное обезпеченіе; оказалось наоборотъ,

что залоговыя права на обременные участки подлежали отчужденіямъ банковъ путемъ передачи залоговыхъ расписокъ, такъ какъ въ матеріальномъ правѣ не было опоры для воспрепятствованія такимъ отнужденіямъ [1]). Чтобы устранить возможность такихъ распоряженій со стороны залогодержателей и чтобы дать кромѣ того владѣльцамъ закладныхъ листовъ исключительное право на удовлетвореніе изъ стоимости ипотекъ, нужно было бы признать за этими владѣльцами правомочія, связанныя обыкновенно съ понятіемъ о вещномъ правѣ. Но такое предположеніе являлось неумѣстнымъ, такъ какъ въ большинствѣ германскихъ территорій ипотека на движимости [2]) была искоренена еще до конкурснаго устава 1877 г.[3]), выставившаго по отношенію къ этой категоріи имущества необходимость ручнаго заклада, съ тѣмъ, чтобы при закладѣ требованія кромѣ врученія долговаго документа состоялось еще извѣщеніе должника. Понятно, что въ виду соотвѣтствующихъ предписаній въ уставахъ этихъ банковъ нельзя было признать за держателями закладныхъ листовъ положеніе обыкновенныхъ залогодержателей: они не имѣли ни вещнаго права на заложенныя недвижимости, ни закладнаго права на залоговыя обезпеченія, принадлежащія банкамъ. И такимъ образомъ,

1) Относительно прусскаго права см. Koch, Preuss. Landrecht II стр. 789 (изд. 1886 г.). По уложенію 1896 г. такое же явленіе бываетъ при Briefhypothek; только Buchhypothek требуетъ записи передаточнаго акта, §§ 1116, 1117.

2) Залоговое право, принадлежащее банку, будетъ движимостью съ точки зрѣнія прусскаго права, см. Landrecht I 2 § 7. — Интересно сопоставленіе ст. 512 и 60 саксонскаго уложенія, которое причисляетъ залоговое право, какъ придаточность требованія, къ категоріи движимостей, но тѣмъ не менѣе не проводитъ этого принципа безусловно.

3) § 40 и Einführungsgesetz §§ 15, 16.

подъ впечатлѣніемъ сильнаго паденія ипотечныхъ бумагъ на биржахъ, вдругъ выяснился тотъ чудовищный фактъ, что милліонные капиталы (большая часть ссудъ, выданныхъ подъ обезпеченіе недвижимостей) защищены были только простымъ обязательственнымъ требованіемъ противъ юридическаго лица [1]). Результатомъ тревоги въ цивилистической и экономической литературѣ [2]) явилась мысль о проектѣ имперскаго закона [3]), которая впрочемъ до сихъ поръ еще не осуществилась [4]), такъ какъ было отдано предпочтеніе нормировкѣ по иниціативѣ партикулярныхъ законодательствъ.

Въ нѣкоторыхъ территоріяхъ внесены только дополнительныя нормы въ уставы банковъ [5]); въ другихъ же были изданы по этому поводу спеціальные законы [6]). Одни и другіе выставляютъ принципъ, что держателямъ заклад-

---

1) См. Volz, Die Pfandbrieffrage de lege ferenda (1878) стр. 11 сл., 46.

2) Обзоръ у Pavlíček l. c.

3) См. Jul. Goldschmidt l. c.

4) Эти строки были уже написаны, когда появился (Sammlung amtlicher Veröffentlichungen aus dem Reichsanzeiger 1898 № 34) Entwurf eines Hypothekenbankgesetzes für das deutsche Reich; здѣсь § 26 даетъ держателямъ преимущественное право удовлетворенія. Распоряженія банка залоговыми правами контролируются правительственнымъ коммиссаромъ и представителями держателей закладныхъ листовъ на основаніи втораго проекта, приложеннаго къ первому — Entwurf eines Gesetzes betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen.

5) См. напр. пересмотренный уставъ Вюртембергскаго банка 1892 г., § 17.

6) См. Gesetz f. Elsass-Lothringen über das Pfandrecht für die von Bodencreditgesellschaften ausgegebenen Schuldverschreibungen 22 мая 1893 г. (Zeit. f. Handelsrecht XLII стр. 192) § 1; баденскій зак. 12 апр. 1892 г. die Pfandrechte f. Schuldverschreibungen auf Inhaber betreffend (l. c. стр. 210) § 3: Die Inhaber solcher Werthpapiere erhalten ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Concursordnung an den der Ausgabe zu Grunde liegenden Forderungen dadurch, dass einem Vertreter . . . die Ausübung des Gewahrsams der . . . Urkunden übertragen wird. — Ср. еще Gesetz betreffend die Sicherstellung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen f. d. Herzogthum Gotha 4 апрѣля 1885 г.

ныхъ листовъ отводится „Faustpfandrecht“ на залоговыя права, принадлежащія банку. Для этого учреждается управомоченный отъ владѣльцевъ закладныхъ листовъ, который вмѣстѣ съ государственнымъ коммиссаромъ осуществляетъ это ручное закладное право на ипотеки банка. Конструкція эта, конечно, не безъ натяжекъ [1]) уже потому, что кругъ операцій банка постоянно требуетъ манипуляцій, такъ что возникаютъ двѣ противоположныя опасности: иллюзорность контроля или заторможеніе банковаго дѣла. Но во всякомъ случаѣ этимъ путемъ создается теоретическое основаніе для отдѣльнаго удовлетворенія держателей закладныхъ листовъ въ случаѣ краха. Нужно замѣтить, что прусскія Normativbedingungen 27 іюня 1893 г. не прибѣгаютъ къ конструкціи ручнаго заклада, а ограничиваются тѣмъ, что значительно суживаютъ кругъ операцій, разрѣшенныхъ ипотечнымъ банкамъ, и устанавливаютъ серьезный надзоръ за ихъ дѣйствіями, такъ что цѣль одинаково достигается [2]).

Интересно постановленіе австрійскаго закона 1874 г., который воспользовался особенностью объективнаго права цислейтанской монархіи: тамъ для передачи ипотеки на недвижимость необходимо требуется соотвѣтствующая запись въ крѣпостномъ реестрѣ [3]). На этомъ основаніи законъ 1874 г. предписываетъ, что сумма закладныхъ листовъ, выпускаемыхъ банкомъ, вносится въ книгу на соотвѣтствующія стоимости ипотекъ, установленныхъ на заложенныя недвижимости, и всякій цессіонарій или пріобрѣ-

1) Ср. Tinsch, Die Pfandbrieffrage, стр. 41; Pavlíček l. c. стр. 30 сл.
2) См. §§ 2, 3.
3) См. Grundbuchgesetz § 4.

татель ипотеки этимъ путемъ получаетъ цѣнность, уже обремененную гарантіей въ пользу заимодавцевъ банка [1]). Распоряженія со стороны залогодержателя не могутъ такимъ образомъ вредить держателямъ закладныхъ листовъ, такъ какъ послѣднимъ во всякомъ случаѣ дается то, что французское право называетъ droit de suite, и кромѣ того преимущество въ случаѣ соучастія другихъ кредиторовъ [2]). Теоретическій характеръ дарованныхъ такимъ путемъ правомочій держателямъ закладныхъ листовъ вызываетъ споръ въ литературѣ: одни считаютъ, что здѣсь имѣется закладное право на залогъ — Afterpfandrecht [3]); другіе же усматриваютъ въ этомъ явленіе лишь абсолютное, привилегированное право [4]). Существованіе этого спора, можетъ быть лучше всего доказываетъ близость двухъ понятій: залоговаго и абсолютнаго права. Пора, можетъ быть, теперь остановиться на этомъ вопросѣ и постараться выяснить характеръ реальныхъ обезпеченій въ современномъ германскомъ правѣ.

Мы видѣли, что до рецепціи римскихъ началъ передача заложенной вещи кредитору исчерпывала его правомочія и, что эту особенность можно прослѣдить и при залогѣ безъ передачи владѣнія; кредитору здѣсь принадле-

1) Зак. 24 апр. 1874 г. betreffend die Wahrung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen (изд. Kaserer) § 5: In Ansehung derjenigen als Caution bestellten Vermögensobjecte, an welchen ein bücherliches Recht erworben werden kann, ist deren Haftung als Caution zur Sicherstellung für die Befriedigung der Ansprüche aus den von der Anstalt ausgegebenen Pfandbriefen in den öffentlichen Büchern auf Grund einer von der Anstalt anzustellenden Erklärung einzutragen.

2) См. § 1 вышеназв. закона 24 апр. 1874 г.; ср. еще Singer, Beiträge zum Pfandbriefwesen in Oesterreich. Wien, 1891.

3) См. Exner, Oesterr. Hypothekenrecht II стр. 377.

4) См. Pavliček, l. c. стр. 65 сл.

жала болѣе активная роль въ томъ смыслѣ, что онъ получалъ удовлетвореніе лишь путемъ иска [1]), но его правомочіе и здѣсь ограничивалось стоимостью заложенной вещи.

Далѣе было указано, что, не смотря на рецепцію римской акцессорности, въ силу самой регистраціи ипотеки на недвижимости, возможны въ современномъ правѣ случаи, гдѣ залогодатель не подлежитъ личному взысканію, и мы видѣли кромѣ того, что въ жизни отсутствіе отвѣтственности остальнымъ имуществомъ является чуть ли не отличительной чертой нынѣшняго поземельнаго кредита, какъ и средневѣковаго.

Надлежитъ теперь разсмотрѣть свойство современнаго залоговаго права въ Германіи и опредѣлить, до какой степени ограниченіе отвѣтственности по залогу повліяло на юридическій характеръ вещнаго обезпеченія.

На первый взглядъ можетъ казаться, что сосуществованіе двухъ видовъ долговаго поземельнаго обремененія [2]) должно осложнять правильное пониманіе внутренняго свойства разсматриваемаго права. Но оказывается, что наоборотъ выдѣленіе особенностей нынѣшней ипотеки въ отдѣльный институтъ, неизвѣстный романистамъ, скорѣе проливаетъ свѣтъ на данный вопросъ. Этимъ, конечно, не сказано, что понятіе о Grundschuld нынѣ безспорно; вѣдь

---

1) Вопросъ о томъ, долженъ ли этотъ искъ быть отнесенъ къ личнымъ или къ вещнымъ, является праздным уже потому, что древне-германское право не знало этого раздѣленія. Ср. Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsichen Rechtsquellen des Mittelalters (1869) въ предисловіи. Franken, Lehrbuch d. deutschen Privatrechts стр. 116. Неудачная попытка Heusler'a провести здѣсь разницу (Institutionen I § 78) не нашла послѣдователей въ литературѣ.

2) Въ пользу этой двойственности см. еще кромѣ вышеприведенныхъ Raeder, Das Hypothekenrecht des Entwurfs (1896) стр. 84 сл.

мы же видѣли, при какихъ колебаніяхъ возникъ этотъ институтъ въ прусскомъ правѣ, и чтеніе соотвѣтствующихъ статей имперскаго уложенія обнаруживаетъ слѣды этихъ колебаній; а съ другой стороны сомнительный успѣхъ Grundschuld на практикѣ не даетъ опоры для настоящей провѣрки законодательной нормировки.

Затрудненія, вытекающія изъ такого положенія вещей, побудили даже нѣкоторыхъ юристовъ требовать отмѣны Grundschuld. Разъ она не можетъ быть правильно построена теоріей, она не нужна — говоритъ Rudolph[1]). Другіе же писатели, относящіеся болѣе благодушно къ этой находкѣ прусскаго права, выходятъ однако изъ рамокъ юридическаго міра, для того чтобы найти подходящее опредѣленіе. Самостоятельность современной ипотеки, воплотившаяся не безъ утрирорки въ Grundschuld, не можетъ быть въ ихъ глазахъ подведенной подъ римскія рубрики, и это наводитъ ихъ на мысль обратиться къ экономическимъ моментамъ для выясненія самого характера права. Такъ напр. Stüler[2]), опираясь на понятіе, выставленное впервые Bremer'омъ[3]), назвавшимъ современную ипотеку правомъ на цѣнность, развиваетъ далѣе эту мысль и старается найти въ ней достаточные элементы для опредѣленія Grundschuld помимо обязательственнаго момента, какъ будто отсутствующаго. Но характеризуя установленіе Grundschuld,

---

1) Accessorische Schuld oder selbständige Hypothek въ Arch. f. civ. Praxis T. 67 стр. 192 сл.

2) Behrend's Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung VII стр. 276 сл.

3) Hypothek und Grundschuld стр. 53.— Взглядъ Bremer'a (и Stüler'a) не въ состояніи обосновать обязанность платить проценты, а также наступленіе просрочки и вообще всѣ явленія, связанныя съ понятіемъ объ обязательствѣ, которое правомъ на стоимость не можетъ быть выяснено.

какъ пріобрѣтеніе части стоимости извѣстной вещи, онъ только указываетъ на нахожденіе въ рукахъ управомоченнаго лица опредѣленной цѣнности, не объясняя при этомъ, чѣмъ отличается юридически подобное право отъ остальныхъ jura in re aliena, представляющихъ также извѣстное благо. Изъ этого права на стоимость чужой вещи онъ далѣе выводитъ jus distrahendi, но при этомъ не выясняется, какимъ образомъ отвлеченное отношеніе къ стоимости извѣстнаго предмета можетъ въ опредѣленный моментъ превратиться въ конкретное воздѣйствіе. Также искуственно объясненіе, которое онъ даетъ процентамъ, лежащимъ на собственникѣ заложенной земли; по его мнѣнію, они являются вознагражденіемъ за пользованіе со стороны послѣдняго чужой стоимостью; здѣсь опять таки экономическое объясненіе заслоняетъ юридическое правоотношеніе, въ силу котораго должникъ обязывается къ совершенію главнаго дѣйствія, возвращенія капитала, и цѣлаго ряда побочныхъ дѣйствій, т. е. ежегодныхъ взносовъ процентовъ.

Еще менѣе удовлетворительной является попытка Rich. Goldschmidt'a[1]), который старается подвести правомочія, вытекающія изъ Grundschuld, подъ понятіе объ общей собственности. Исходная точка здѣсь также не юридическая: кредиторъ, участвуя въ доходахъ заложенной вещи, получаетъ право распоряженія, необходимое для защиты своихъ интересовъ. Но если называть такія правомочія condominium, то придется сначала передѣлать понятіе о dominium, что врядь ли будетъ способствовать выясненію характера вещнаго обезпеченія.

1) Systematik des Pfandrechts стр. 22 сл.

Лучше будетъ обратиться къ тѣмъ писателямъ[1]), которые стараются опредѣлить Grundschuld, не покидая при этомъ юридической почвы и сравнивая новый институтъ съ ипотекой, отъ которой Grundschuld въ сущности происходитъ. Ими съ самаго начала замѣчено, что формально разница между Hypothek и Grundschuld сводится къ отсутствію упоминанія о долговомъ основаніи при записи Grundschuld въ крѣпостную книгу[2]). Здѣсь, какъ и тамъ, обезпечивается извѣстный денежный интересъ посредствомъ обремененія недвижимости, но въ противоположность ипотекѣ умалчивается цѣль, преслѣдуемая той обязанностью, которую беретъ на себя хозяинъ участка, или другими словами умалчивается то личное отношеніе, для котораго уплата данной суммы явится удовлетворяющимъ моментомъ. Но эта квалифицированная цѣль тѣмъ не менѣе существуетъ, хотя и внѣ книги, въ виду того, что обремененіе въ формѣ Grundschuld, какъ и въ формѣ Hypothek, служитъ ей вспомогательнымъ органомъ, давая управомоченному лицу право на извѣстную денежную выдачу. Ни въ прусскомъ законѣ, ни въ имперскомъ уложеній не сказано, что рядомъ съ установленной Grundschuld нельзя учреждить параллельно для достиженія той же цѣли и другое средство въ видѣ личнаго требованія[3]). Было однако уже указано на то, что сосредоточеніе взысканія на одномъ предметѣ съ освобожденіемъ остальнаго имущества являлось

---

1) См. ниже стр. 229 сл.

2) Ср. Colberg, Ueber die Bedeutung des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs (1877) стр. 136 сл. и также Brettner, Unterschied der Grundschuld und der Hypothek въ Gruchot's Beiträge N. F. II стр. 519.

3) См. выше стр. 179, 191.

бы въ современномъ правѣ единственной raison d'être для Grundschuld, какъ отдѣльнаго типа вещнаго обезпеченія [1]). Да кромѣ того врядъ ли удобно на практикѣ сосуществованіе личнаго требованія и иска изъ Grundschuld по одному и тому обязательству уже въ виду того, что здѣсь нѣтъ явной связи между обоими правами: каждое изъ нихъ даетъ кредитору притязаніе на извѣстную сумму и должникъ рискуетъ быть приговореннымъ къ двойной уплатѣ [2]). Grundschuld можетъ въ жизни примѣняться скорѣе всего — или какъ правоотношеніе, въ которое вкладывается зародышъ еще не окончетельно установленной юридической связи, — или какъ правоотношеніе, замѣняющее и уничтожающее прежнее обязательство. Если напр. стороны, вмѣсто того, чтобы заключить простое заемное обязательство и обезпечить его потомъ ипотекой, отправляются прямо въ крѣпостное отдѣленіе и вносятъ тамъ же обремененіе въ размѣрѣ выданной должнику ссуды, то въ такомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи о воздѣйствіи со стороны causa debendi на самую Grundschuld, такъ какъ установленіе окончательной связи между контрагентами совпадаетъ съ возникновеніемъ книжнаго права. Но возможна и другая варіяція: дѣйствительное, снабженное искомъ обязательство превращается въ Grundschuld, при чемъ внесеніе въ книгу поземельнаго долга играетъ роль novatio[3]). Размѣръ воздѣйствія этого первоначальнаго обязательства на послѣдовавшую за нимъ Grundschuld будетъ опредѣляться

---

1) Ср. Dernburg въ Verhandlungen des 20. deutschen Juristentags стр. 249.

2) См. Rudolph l. c. стр. 288.

3) Ср. у Exner'a, Publicitätsprincip стр. 96, удачное сравненіе между книжной записью долга и римскими абстрактными договорами.

ученіемъ о novatio: въ римскомъ правѣ принято считать, что недѣйствительность или оспариваемость обновляемаго требованія отражается на обновляющемъ правоотношеніи [1]), тогда какъ въ современномъ правѣ замѣтно стремленіе признать за novatio безусловно разрывающую силу, не допускающую такого воздѣйствія со стороны предшествующаго правоотношенія [2]). Все будетъ зависѣть отъ намѣренія сторонъ. Но ясно, что во всякомъ случаѣ юридическій характеръ самой Grundschuld отъ этого колебаться не будетъ: ея отличительная черта сводится къ тому, что по отношенію къ каждому отдѣльному обремененію правоотношеніе, внесенное въ книгу, является, такъ сказать, законченной и не содержитъ ссылокъ на другую связь, лежащую внѣ крѣпостной регистраціи. Если мы ближе всмотримся въ это правоотношеніе, мы найдемъ слѣдующее: залоговой документъ (Grundschuldbrief), выдаваемый управомоченному лицу, говоритъ о долгѣ за счетъ такого-то лица, которое тѣмъ самымъ получаетъ право требовать извѣстную сумму и извѣстные проценты безъ всякой ссылки на какое нибудь опредѣленное долговое правоотношеніе [3]). Изъ самой записи, помимо всякаго посторонняго обязательственнаго nexum, вытекаетъ для управомоченнаго лица отвлеченное требованіе въ размѣрѣ записанной суммы. Это сходство Grundschuld съ личнымъ правомъ признано въ настоящее время цѣлымъ рядомъ авторовъ [4]) и германскимъ

1) Arg. ex l. 1 § 1 D. 46. 2. и l. 21 D. 46. 4. Ср. Windscheid, Pandecten § 355 прим. 3, 6.

2) Ср. Dernburg, Pandecten II (1886) стр. 162.

3) Ср. формуляръ, нап. у Turnau, Preuss. Grundbuchordnung (1878) II стр. 96.

4) Кромѣ нижеприведенныхъ см. еще Jaeckel въ Gruchot's Beiträge XVIII стр. 551 сл.

имперскимъ судомъ [1]). Но затруднительнымъ тѣмъ не менѣе является объясненіе несомнѣнныхъ особенностей этого требованія, которое при осуществленіи своемъ снабжается всѣми преимуществами залоговаго права, предъявляемаго ко всякому обладателю заложенной вещи и создающаго исключительное удовлетвореніе въ пользу истца.

Kühnast [2]) считаетъ по этому поводу удобнымъ конструировать личное требованіе для Grundschuldgläubiger только какъ придаточную функцію, вытекающую изъ вещнаго права, какъ главнаго основанія обремененія; такимъ образомъ онъ можетъ объяснить и исключительность и абсолютность нашей Grundschuld. Но подобное раздвоеніе, для котораго онъ находитъ аналогію въ Reallast [3]), служитъ скорѣе теоретическимъ цѣлямъ и не соотвѣтствуетъ единичному характеру и цѣльности отдѣльной, книжной записи.

По мнѣнію Voss'a [4]), Grundschuld есть также простое вещное право въ моментъ ея установленія, но предъявленіе иска со стороны управомоченнаго субъекта каждый разъ порождаетъ личное требованіе. Рѣдкій случай созданія права путемъ вчинанія иска!

Ближе къ истинѣ несомнѣнно Eccius [5]), который, правильно опредѣляя моментъ обязательства, содержимый въ Grundschuld, все-таки останавливается на особыхъ правомочіяхъ, дающихъ кредитору положеніе залогодержателя.

---

1) Рѣшеніе 10 дек. 1880 г. (Entsch. III № 88).

2) Die Grundschuld des Entwurfs eines bürg. Gesetzbuchs стр. 89 и его-же Untersuchungen des Grundschuldbegriffes (1878) стр. 81 сл.

3) Ср. Lührsen въ Verhandlungen des 3. Juristentages стр. 90.

4) Zur Theorie der Grundschuld въ Behrend's Zeitschrift VIII стр. 510 сл., 516 сл.

5) Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht (1883) III § 190 стр. 454.

Уже раньше Hartmann'омъ[1]) было указано на то, что Grundschuldbrief содержитъ прежде всего обѣщаніе уплатить извѣстную сумму, и что такимъ образомъ вотчинная запись, не смотря на то, что она безъ causa debendi, даетъ активному субъекту право на извѣстное дѣйствіе со стороны собственника участка. Grundschuld въ его глазахъ имѣетъ прежде всего, на первомъ планѣ, значеніе обязательственной связи, и если кредиторъ снабжается вещными правомочіями, то они тѣмъ не менѣе не входятъ въ понятіе о Grundschuld, а считаются только дополнительной гарантіей на тотъ случай, когда обязательственная связь сама по себѣ является недостаточной, т. е. когда требованіе кредитора не удовлетворяется добровольно.

Такой тонкій анализъ понятія о Grundschuld превращаетъ этотъ институтъ въ двуликаго Януса, показывающаго поочередно образъ требованія и образъ вещнаго права. Но какъ бы то ни было, найденное здѣсь сочетаніе двухъ элементовъ не можетъ считаться отличительной чертой одной только Grundschuld. Послѣдняя даетъ кредитору, какъ это было сказано уже нѣсколько разъ, право на денежную сумму, право осуществимое путемъ иска, но ограниченное въ томъ смыслѣ, что уплата производится исключительно изъ вещи, на которой лежитъ обремененіе[2]). При этомъ однако нужно помнить, что Grundschuld не можетъ считаться новымъ институтомъ, а является ско-

---

1) Die Obligation стр. 135 сл., 140 сл.

2) Grundschuld занимаетъ такимъ образомъ среднее мѣсто между obligatio naturalis, лишенной иска, и обыкновеннымъ обязательствомъ, по которому удовлетвореніе дается изъ всего имущества. Ср. Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners стр. 403.

рѣе результатомъ особенностей германской ипотеки, или, если можно такъ выразиться, выпуклымъ фасадомъ въ зданіи современнаго залоговаго права. Стремленіе къ созиданію независимаго отъ личнаго права вещнаго обремененія нашло удовлетвореніе въ этомъ новомъ обезпеченіи, гдѣ отрѣшенность отъ защищаемаго обязательства должна дойти до кульминаціоннаго пункта. Мы видѣли, что законодательство на этой дорогѣ остановилось и не нашло возможнымъ построить строго выдержанное правоотношеніе [1]). Но, конечно, теоретически можно себѣ представить такую Grundschuld, въ полномъ смыслѣ самостоятельную и независимую. Она тѣмъ не менѣе, какъ обремененіе въ размѣрѣ извѣстной суммы, будетъ играть роль ипотеки, хотя и ипотеки безъ требованія или по крайней мѣрѣ безъ связи съ требованіемъ. Эта тождественность обоихъ институтовъ вытекаетъ изъ самаго факта крѣпостной записи, которая порождаетъ опредѣленныя послѣдствія. Связь этого закрѣпощеннаго правоотношенія съ другимъ обязательствомъ можетъ отразиться на участи и осуществимости залоговыхъ правомочій, но не можетъ считаться рѣшающимъ моментомъ для опредѣленія внутренняго характера ипотеки [2]), а также для установлянія разницы въ юридическихъ свойствахъ акцессорнаго залога и отвлеченнаго поземельнаго долга.

Если двойственность Grundschuld была раньше обнаружена въ литературѣ и если въ ней раньше отмѣтили преобладаніе обязательственнаго момента, то это, можетъ быть,

---

1) Ср. Kindel, Das formelle und materielle Recht въ Gruchot's Beiträge N. F. V (1876) стр. 124 сл., а также v. Bar въ Arch. f. d. civ. Praxis T. 53 (1870) стр. 362 сл.

2) См. Ziebarth, Reform des Grundbuchrechts стр. 9.

благодаря внѣшнему впечатлѣнію, производимому этимъ одинокимъ правомъ, выступающимъ безъ поддержки личнаго требованія. Хозяинъ обременной недвижимости считается должникомъ, такъ какъ онъ взялъ на себя долгъ, а наличность обязаннаго субъекта необходимо предполагаетъ съ противоположной стороны субъекта, имѣющаго право на обѣщанное дѣйствіе; и такъ какъ содержаніе книги исчерпываетъ отношенія участниковъ, то нельзя не признать, что это притязаніе кредитора на дѣйствіе обязаннаго лица поневолѣ содержится въ понятіи о Grundschuld.

Но при болѣе близкомъ разсмотрѣніи современной Hypothek врядъ ли можно отрицать, что и она заключаетъ въ себѣ воздѣйствіе на добрую волю залогодателя, въ видѣ личнаго требованія. Конечно, для опредѣленія характера залоговаго права нельзя ссылаться на внѣшній видъ его осуществленія, или другими словами, для установленія отличительныхъ моментовъ безполезно придавать рѣшающее значеніе самому процессу взысканія; у Римлянъ залогодержатель получалъ (за исключеніемъ pignum in causa judicati captum) вещи на руки и самъ совершалъ продажу, тогда какъ въ современномъ мірѣ эти функціи лежатъ на судебной власти, которая кромѣ того распредѣляетъ среди кредиторовъ деньги, вырученныя продажей заложенной вещи. Ясно, что здѣсь судья играетъ роль представителя, совмѣщая защиту интересовъ взыскателя и интересовъ собственника продаваемаго имущества; такое перенесеніе правомочій другому лицу такъ же мало говоритъ противъ вещнаго характера залоговаго права, какъ и передача присужденной вещи черезъ судебнаго пристава не можетъ служить аргументомъ противъ вещнаго характера права собственности. Разницу

между Германіей и Римомъ въ этой области нужно искать въ самомъ содержаніи правомочія, независимо отъ внѣшней оболочки его проявленія.

Отличительная черта германскаго залога — нынѣшняго, какъ и древняго — сводится къ тому, что онъ содержитъ въ себѣ кромѣ обыкновенныхъ гарантій вещнаго обезпеченія еще требованіе или право на уплату извѣстной суммы. Несовершеніе этого дѣйствія, къ которому обязываетъ одно обладаніе заложенной вещи, влечетъ за собой появленіе тѣхъ функцій залоговаго права, которыя мы привыкли связывать съ понятіемъ о реальномъ кредитѣ. Но до наступленія этого момента — и независимо отъ обезпечиваемаго обязательства, которое можетъ остаться скрытымъ — существуетъ несомнѣнная связь между залогодержателемъ и собственникомъ заложенной вещи. Когда мы говоримъ, что на недвижимости лежитъ долгъ, мы тѣмъ самымъ признаемъ владѣльца связаннымъ только благодаря залоговому акту, дѣйствіе котораго распространяется и на преемниковъ залогодателя. Изъ этой залоговой сдѣлки возникаетъ прежде всего для кредитора право на дѣйствіе обязаннаго субъекта и въ этой стадіи правоотношенія положеніе, занимаемое послѣднимъ, не отличается отъ обыкновеннаго обязательства. Разница[1]) наступаетъ въ тотъ моментъ, когда залогодержатель предъявляетъ свое право ко взысканію; онъ получаетъ тогда преимущества, которыя обыкновенно не связаны съ простымъ требованіемъ, но

1) Этой разницѣ придается и современными юристами рѣшающее значеніе для отнесенія залоговаго права къ категоріи dinglicher Rechte. Ср. Staub, Der Tenor im Pfandprocesse въ Gruchot's Beiträge XXVII стр. 707 сл.

за то должникъ съ другой стороны можетъ посредствомъ оставленія вещи избавиться отъ ипотечнаго долга, опять таки независимо отъ другихъ могущихъ существовать обязательственныхъ узъ, которыя связываютъ его съ кредиторомъ и охватываютъ обыкновенно и все остальное его имущество.

Такое содержаніе залоговаго права отмѣчается несомнѣнно въ тѣхъ территоріяхъ, гдѣ ипотека не обнаруживаетъ акцессорнаго характера: въ Мекленбургѣ, гдѣ она возникаетъ помимо всякой ссылки на личное требованіе, и въ Гамбургѣ, гдѣ отвѣтственность остальнымъ имуществомъ по ипотечному долгу поставлена на второй планъ, и то лишь въ размѣрѣ обнаружившейся недоимки. Въ этихъ обѣихъ территоріяхъ ипотека вполнѣ заслуживаетъ названіе Grundschuld, такъ какъ содержитъ въ себѣ долговое правоотношеніе; залогъ здѣсь, если можно такъ выразиться, самъ ратникъ, самъ трубачъ, такъ какъ отсутствіе главнаго обязательства въ римскомъ смыслѣ переноситъ долговой моментъ въ самое обремененіе недвижимости. Если бы ипотека была только правомъ на стоимость, то было бы непонятно, какимъ образомъ, не смотря на отсутствіе акцессорнаго характера, уплата извѣстной суммы разрываетъ закрѣпощеніе недвижимости. Уплата же на самомъ дѣлѣ устраняетъ право взысканія только потому, что она погашаетъ требованіе, которое лежитъ въ залоговомъ обремененіи.

Но подобное явленіе отмѣчается не только въ Мекленбургѣ и Гамбургѣ, но и во всѣхъ германскихъ территоріяхъ, такъ какъ, благодаря принципу достовѣрности крѣпостнаго реестра, можетъ часто существовать залоговое право на недви-

жимость безъ личнаго требованія[1]). А тѣмъ не менѣе и при такой обстановкѣ нельзя устранить понятіе объ обязанности уплатить извѣстную сумму. Отсутствіе личнаго иска только подчеркиваетъ эту функцію ипотеки. Да и при закладѣ въ ссудныхъ кассахъ и въ товарныхъ складахъ встрѣчается аналогичное явленіе; изъятіе вещи изъ обладанія должника дѣлаетъ въ большинствѣ случаевъ осуществленіе иска ненужнымъ, но тѣмъ не менѣе и здѣсь вещное обезпеченіе содержитъ въ себѣ обязательство, слившееся съ закладной сдѣлкой.

Неудивительно такимъ образомъ, что въ законодательствахъ Германіи, не смотря на ихъ стремленіе подвести излагаемые имъ институты подъ римскія рубрики, проглядываетъ это воззрѣніе. На ряду съ романистическими опредѣленіями[2]) и съ указаніями на вещныя функціи залоговаго права встрѣчаются термины, а также положенія, исходящія изъ взгляда на владѣльца заложенной вещи, какъ на лицо, eo ipso обязанное платить ипотечный долгъ, въ противномъ случаѣ наступаетъ взысканіе по залогу, удовлетворяющее кредитора изъ заложенной вещи. Проявленіе этой двойственности можно прослѣдить не только въ терминологіи законодательства, партикулярнаго и обще-

---

1) Вотчинная регистрація можетъ лишать акцессорнаго характера не только добровольную ипотеку, но также судебную и законную, не смотря на то, что первая издревле была придаточна (Ср. Meibom, Deutsches Pfandrecht стр. 29 сл.), и что послѣдняя, какъ воспринятая изъ римскаго права, представлялась принципіально въ видѣ акцессорнаго правоотношенія.

2) Обзоръ у Roth, Deutsches Privatrecht § 310 прим. 9, который тѣмъ не менѣе не въ состояніи этимъ доказать отсутствіе обязательственнаго момента въ современной ипотекѣ.

имперскаго [1]), но и въ судебной практикѣ [2]). Въ ней именно обнаруживается сходство современнаго залога съ прежнимъ германскимъ, независимо отъ того, служитъ ли онъ обезпеченіемъ другому обязательству, снабженному искомъ, или нѣтъ. Это притязаніе залогодержателя на извѣстную сумму въ связи съ взысканіемъ, направляемомъ только противъ опредѣленной вещи, не могло не смущать романистовъ уже потому, что это соединеніе двухъ понятій коренится въ правовой системѣ древней Германіи, не знавшей раздѣленія исковъ на вещные и личные. На этомъ обязателтственномъ характерѣ современнаго залоговаго права обстоятельнѣе другихъ изслѣдователей [3]) остановился Sohm [4]) и предложилъ охарактеризовать въ виду этого право залогодержателя какъ требованіе изъ obligatio in rem scripta, такъ какъ оно осуществляется не только противъ одного лица, но и противъ всякаго собственника заложенной вещи. Однако внесеніе римскаго понятія въ своеобразное явленіе западно-европейскаго права врядъ ли желательно тѣмъ болѣе, что этотъ чисто процессуальный терминъ римскаго права прикрываетъ рѣдкій и въ сущ-

---

1) Ср. § 15 Einführungsgesetz zur Civil-Processordnung . . . п. 4: die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den Fiscus . . . insoweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden . . .

2) Выше стр. 91 было указано на то, что ипотечный искъ обращался къ отвѣтчику съ требованіемъ объ уплатѣ. Утѣшеніемъ для романиста могла служить практика лифляндскихъ судовъ, по которой требовалось одновременное предъявленіе личнаго иска ex obligatione вмѣстѣ съ залоговымъ, ср. Erdmann, Zur Lehre vom Gerichtsstande der Pfandklage an Immobilien въ Dorpater Juristische Zeitschrift IV стр. 82 сл.

3) См. также 3-е изд. Stobbe (Lehmann), Deutsches Privatrecht II § 150.

4) Ueber Natur und Geschichte der modernen Hypothek въ Grünhut's Zeitschrift V (1878) стр. 33 сл.

ности мало выясненный дуализмъ. Полезнѣе, можетъ быть, сравнить современную германскую ипотеку съ правомъ рентополучателя, который также имѣетъ требованіе по отношенію къ каждому отдѣльному взносу и вмѣстѣ съ тѣмъ при взысканіи пользуется защитой, присвоенной исключительнымъ правамъ. Но рента теперь лишь возрождается въ современныхъ законодательствахъ Германіи, послѣ долгаго изгнанія, и ея юридическій характеръ представляется крайне спорнымъ въ литературѣ.

Болѣе цѣлесообразнымъ будетъ, можетъ быть, отысканіе точки для сравненія въ торговомъ уложеніи Германіи, а именно въ правоотношеніяхъ морскаго права, извѣстныхъ подъ названіемъ Schiffsgläubigerrecht. Но нужно, конечно, прежде всего противопоставить этому институту „Schiffspfandrecht", т. е. обыкновенную акцессорную ипотеку корабля въ обезпеченіе извѣстнаго обязательства и нормированную партикулярными законодательствами [1]). Schiffsgläubiger наоборотъ являются только опредѣленные кредиторы, имѣющіе противъ судохозяина особыя требованія, перечисленныя закономъ и вызванныя большей частью дѣятельностью шкипера или экипажа [2]). Эти послѣднія носятъ тотъ особенный характеръ, что они удовлетворяются только изъ fortune de mer, т. е. изъ стоимости груза и корабля [3]). Но по отношенію къ этому имуществу Schiffsgläubiger снабженъ правомочіями, которыя законъ называетъ залогомъ [4]), такъ

1) Ср. Mittelstein, Deutsches Schiffspfandrecht und Schiffsgläubigerrecht, стр. 6 сл., 208 сл.

2) Handelsgesetzbuch (1897) ст. 754 п. 6, 8, 9.

3) Ст. 486.

4) Ст. 755, 760.

какъ они даютъ ему droit de suite[1]) и преимущественное удовлетвореніе[2]); и нужно замѣтить, что законъ не различаетъ тѣхъ случаевъ, гдѣ корабельный кредиторъ другого иска кромѣ права, названнаго залоговымъ, не имѣетъ, отъ тѣхъ случаевъ, гдѣ онъ рядомъ съ залоговымъ правомъ можетъ предъявлять обязательственный искъ, удовлетворяемый изъ всего имущества на общемъ основаніи[3]). Для насъ же въ высшей степени интересно, что въ однихъ и другихъ случаяхъ залогодержатель называется въ законѣ „Schiffsgläubiger“: онъ считается кредиторомъ и тогда, когда у него нѣтъ личнаго иска, что ясно доказываетъ существованіе въ залоговомъ правѣ обязательственнаго момента, на основаніи котораго хозяинъ корабля считается обязаннымъ произвести уплату извѣстной суммы[4]). Здѣсь, какъ и при установленіи поземельной ипотеки, обнаруживается, что въ понятіе о залогѣ входитъ и требованіе[5]). Это явленіе морскаго права также вызываетъ затрудненія и контроверзы въ литературѣ[6]). Cosack[7]) считаетъ умѣстнымъ, для пресѣченія спора, назвать правомочія корабельнаго кредитора — dinglich-persönlich. Уже одно сочетаніе двухъ моментовъ, которые до сихъ поръ всегда противопоставлялись, врядъ ли можетъ содѣйствовать удовлетворительной классификаціи современнаго залоговаго

1) Ср. по этому поводу Ehrenberg, Beschränkte Haftung стр. 111.

2) Ст. 755, 756, 760, 767 сл., 776. Ср. Schröder въ Endemann's Handbuch IV стр. 299.

3) Ст. 762.

4) Ср. ст. 697.

5) См. Mittelstein l. c. стр. 190. Другого мнѣнія Pappenheim въ Zeitschrift f. Handelsrecht XXXIX стр. 300.

6) Ср. Pferdemenges, Die rechtliche Natur der Klage des Schiffsgläubigers стр. 32; A. Goldschmidt, Die rechtliche Natur des Bodmereivertrages (1895) стр. 40 сл.

7) Lehrbuch des Handelsrechts стр. 131.

права. Не легко, конечно, найти въ настоящее время удовлетворительное опредѣленіе залоговаго права, особенно въ виду разнообразія реальнаго кредита; и понятно, что эти затрудненія, а также огромная литература, которая съ ними борется, останавливаютъ нѣкоторыхъ писателей. Demelius[1]), напр., даже находитъ стремленіе къ характеристикѣ залога лишнимъ уже потому, что — по крайней мѣрѣ въ Австріи — вещное обремененіе всегда, по его мнѣнію, подчинено другому правоотношенію. Но мы изъ предыдущаго видѣли, до какой степени акцессорность залога, по крайней мѣрѣ формально, ослабѣла въ германскихъ территоріяхъ, и какъ часто охраняемое залогомъ правоотношеніе скрывается въ вещномъ обремененіи или даже поглощается имъ. Да и кромѣ того, если искать отличительную черту залога въ его обезпечительной роли, то придется только отмѣчать здѣсь его сходство съ другими правами, личными и вещными, установленіе которыхъ нерѣдко также служитъ къ охраненію извѣстнаго денежнаго интереса[2]).

На основаніи выше сказаннаго по поводу обязательственнаго момента въ залогѣ и для того, чтобы не нарушать гармоніи романистической классификаціи, можно было бы подвести залоговое право германскихъ законодательствъ подъ понятіе объ jura in personam; для особенностей современнаго залога нашлись бы даже аналогичныя явленія въ римскомъ обязательственномъ правѣ. Можно было бы указать и тамъ на такія требованія, которыя удо-

1) Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österr. Rechte стр. 79.

2) Ср. вышеприведенные (стр. 214) примѣры передачи собственности съ обезпечительной цѣлью. См. кромѣ того Skroniетski въ Gruchot's Beiträge XXVII стр. 497.

влетворяются только изъ опредѣленной части имущества[1]); и тамъ возможны случаи, гдѣ личность обязаннаго субъекта опредѣляется его отношеніемъ къ извѣстной вещи, такъ что искъ можетъ быть предъявленъ къ цѣлому ряду лицъ[2]). Наконецъ, и въ римскомъ правѣ встрѣчаются личныя требованія[3]), снабженныя преимущественнымъ правомъ удовлетворенія и приравнивающія въ этомъ смыслѣ положеніе кредитора гарантіямъ залогодержателя.

Но подобная догматическая операція врядъ ли цѣлесообразна уже потому, что раздѣленію правъ на вещныя и личныя можетъ быть суждено исчезнуть изъ юриспруденціи будущаго столѣтія. Извѣстная классификація ведетъ свое начало отъ формулярнаго процесса и она, по крайней мѣрѣ первоначально, не имѣла съ точки зрѣнія осуществленія иска того значенія, которое оно получило въ современной романистикѣ. Какъ извѣстно, еще въ первой половинѣ императорскаго періода actio in rem, какъ и actio in personam, вела только къ денежной condemnatio, и лишь открытіе конкурса надъ имуществомъ отвѣтчика давало собственнику возможность воздѣйствовать непосредственно на свою вещь[4]), потому что съ этого момента личность отвѣтчика устранялась отъ господства надъ имуществомъ. Въ современномъ же процессѣ вещь, присужденная истцу, можетъ быть отнята у отвѣтчика даже въ тѣхъ случаяхъ, когда

---

1) Ограниченное право взысканія, какъ правильно замѣчаетъ Oertmann (Die Dinglichkeit въ Iherings Jahrb. XXXI стр. 416 прим. 2), еще не говоритъ въ пользу вещнаго характера правоотношенія.

2) Ср. l. 3 pr. 4 § 3. D. 10. 3; l. 4 C. 8. 10; l. 33. D. 8. 2.

3) Перечислены у Baron, Pandecten § 234 I.

4) См. l. 24 § 2 D. 42. 5.

истецъ не имѣетъ иска, подходящаго подъ понятіе о вещномъ правѣ[1]). Такимъ образомъ недостатокъ въ соотвѣтствіи между нынѣшнимъ положеніемъ и точкой зрѣнія романистики является по всему вѣроятію однимъ изъ препятствій къ безусловному распредѣленію правъ на личныя и вещныя. Но главное затрудненіе вытекаетъ, конечно, изъ наличности правъ въ современномъ мірѣ, которыя ни коимъ образомъ не могутъ быть причислены ни къ одной, ни къ другой категоріи. Изъ нихъ наибольшую брешь произвело авторское право, развившееся въ теченіе нынѣшняго вѣка и признанное теперь не вещнымъ и не личнымъ, а абсолютнымъ.

Противоположностью понятію объ абсолютномъ или безусловномъ правомочіи является право относительное[2]). Послѣднее правомочіе осуществимо только противъ одного опредѣленнаго лица; абсолютныя права наоборотъ направляются противъ любого лица, какъ только послѣднее становится въ противорѣчіе интересамъ управомоченнаго субъекта.

Абсолютное право, какъ и относительное, является отношеніемъ одного субъекта къ другому; отличительнымъ моментомъ признается внѣшній объемъ осуществимости права или точнѣе кругъ лицъ, подверженныхъ его воздѣйствію.

Эта классификація удобна не только для отведенія мѣста авторскому праву, но и для опредѣленія характера цѣлаго ряда институтовъ германскаго происхожденія, какъ

---

1) Reichs-Civilprocessordnung §§ 769—772. Ср. Richard Schmidt, Lehrbuch d. deutschen Civilprocessrechts (1898) стр. 589, 668.

2) Раздѣленіе правъ на абсолютныя и относительныя имѣетъ значеніе только для имущественныхъ правомочій. Семейныя права не могутъ быть подведены и подъ эти двѣ категоріи. См. однако Шершеневичъ въ Юрид. Обозрѣніи 1892 г. № 8—9 стр. 92 сл.

напр. Reallast, права выкупа, отличающихся отъ обыкновенныхъ требованій и тѣмъ не менѣе не похожихъ на римскія вещныя права. За этими институтами признанъ теперь характеръ абсолютнаго права; но это произошло, такъ сказать, поневолѣ, въ виду полной невозможности втиснуть ихъ подъ существующія рубрики. Большинство писателей[1]) тѣмъ не менѣе по прежнему отстаиваетъ необходимость удержать прежнюю классификацію на томъ основаніи, что абсолютныя и вещныя права — понятія не тождественныя[2]).

Здѣсь въ сущности происходитъ маленькое недоразумѣніе: не всѣ абсолютныя права, конечно, одинаковаго содержанія[3]). Если арендный договоръ вносится въ крѣпостную книгу, то онъ изъ относительнаго правоотношенія превращается въ абсолютное; осуществимость его только расширяется, но внутреннее содержаніе правомочій арендатора остается неизмѣннымъ, и не можетъ быть во всякомъ случаѣ приравнено къ объему правомочій, которыя заключаетъ въ себѣ вещное право, какъ напр. собственность. Если же мы возьмемъ вещное право съ болѣе ограниченнымъ кругозоромъ, сервитутъ водопоя напр., и сравнимъ съ нимъ содержаніе личнаго договора, заключеннаго собственниками двухъ участковъ и преслѣдующаго ту же цѣль, то мы убѣдимся, что между этими двумя правами разница будетъ только состоять въ объемѣ осуществимости; другими

---

1) См. Nenner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, который, не смотря на нѣкоторыя перемѣны, вносимыя имъ въ пандектную систему тѣмъ не менѣе сохраняетъ раздѣленіе на вещныя и личныя права.

2) Ср. Krainz-Pfaff, Syst. des österr. allg. Privatrechts (1885) I §§ 40, 41.

3) Ср. по этому поводу тонко обдуманную работу Crome въ Iherings Jahrbücher XXXVII стр. 1 сл.

словами, если этотъ договоръ получитъ силу противъ всякаго обладателя недвижимости, гдѣ находится водопой, полученное правомочіе нисколько не будетъ отличаться отъ вещнаго права. Изъ этихъ двухъ примѣровъ вытекаетъ, что вещныя права, каковъ бы ни былъ внутренній объемъ ихъ правомочій, могутъ найти себѣ мѣсто подъ рубрикой абсолютныхъ правъ.

Новое раздѣленіе окажетъ между прочимъ теоретическую, конечно, услугу романистамъ, которые никакъ не могутъ справиться съ pignus nominis. Невозможность подведенія заклада требованія подъ понятіе о вещномъ правѣ [1]) побудила юристовъ къ конструкціи условной цессіи въ пользу закладодержателя [2]). Этимъ путемъ достигается правильное описаніе внѣшняго процесса, однако не выясняется разница между правомочіями обыкновеннаго цессіонарія и положеніемъ залогодержателя въ данномъ случаѣ.

Въ современной же жизни опредѣленіе залоговаго права, какъ абсолютнаго права на уплату опредѣленной суммы, направляемаго противъ обладателя опредѣленнаго имущественнаго объекта и осуществляющагося въ видѣ исключительнаго права взысканія, будетъ достаточно для всѣхъ видовъ реальнаго кредита. Если бы составители германскаго уложенія стали на точку зрѣнія этой классификаціи,

---

1) См. въ этомъ направленіи Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte стр. 36 сл., 84 сл.

2) Ученіе о т. н. „constitutive Succession“ въ примѣненіи къ залогу правъ развито у Exner, Kritik des Pfandbegriffs стр. 53 и Mansbach, Der Niessbrauch an Forderungen (1880) стр. 32 сл. — Ср. для австрійскаго права Horn, Rechte als Objecte des Pfandrechts (Sep. Abdruck aus dem Centralblatt f. österr. Rechtswiss. 1897) стр. 60 сл.

они, можетъ быть, нашли бы въ системѣ болѣе соотвѣтствующее мѣсто для Grundschuld, которая у нихъ излагается подъ рубрикой „Sachenrecht“ [1]). Расширенное понятіе о залогѣ вмѣстѣ съ тѣмъ обняло бы и такія явленія, какъ право залогодержателя на страховую сумму за сгорѣвшее зданіе, которое уложеніе не можетъ приравнить ни къ обремененію вещи, ни къ передачѣ требованія [2]). Во всякомъ случаѣ несомнѣнно, что оставленіе римскихъ позицій оправдало бы тѣ смѣлыя надежды, которыя возлагалъ Sohm на новое гражданское право Германіи, когда онъ въ началѣ 70-хъ годовъ убѣдительно просилъ членовъ коммиссіи выйти въ открытое море на встрѣчу новымъ вѣяніямъ [3]). Онъ впрочемъ тогда еще не подозрѣвалъ, что ему придется впослѣдствіи отстаивать передъ Рейхстагомъ „den kleinen Windscheid“—хотя и въ нѣсколько переработанномъ видѣ.

---

1) На это уже обратилъ вниманіе Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit (1889, стр. 40 сл., 154) по поводу перваго проекта.

2) Ср. ст. 1128 и 1274 и статью Wernicke, Pfandrecht an bew. Sachen въ Gutachten aus d. Anwaltstande V стр. 405.— Вопросъ о юридическомъ положеніи залогодержателя по отношенію къ страховой суммѣ разсматривался и въ швейцарской литературѣ въ связи съ проектомъ eines Schweizerischen Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (изд. Roelli) ст. 56; см. еще Kirchhoff, Die Stellung des Hypothekargläubigers bei der Immobiliarfeuerversicherung стр. 72 сл.

3) „Es gilt die sicheren Küsten des römischen Rechts zu verlassen und hinauszusteuern in die weite offene See“ (Grünhut's Zeitschrift I стр. 280).

ГЛАВА IV.

Римское залоговое право во Франціи.

Древнѣйшія формы долговаго обремененія: engagement и obligation. — Быстрые успѣхи безгласной и генеральной ипотеки во Франціи. — Романизація ренты. — Отвлеченная ипотека 1795 г. — Акцессорность залоговаго права Кодекса. — Особые виды вещнаго обезпеченія. — Французская ипотека de lege ferenda.

Рядомъ съ выше разсмотрѣнными явленіями, встрѣчаемыми въ германскихъ территоріяхъ, можетъ быть, не безинтересно дать, въ видѣ контраста, краткій очеркъ развитія понятія о залоговомъ правѣ во Франціи. Здѣсь еще до сихъ поръ въ этой области правовой жизни не наступилъ періодъ реакціи противъ романизаціи. Римскія начала, рецепированныя не только въ южной, но и въ сѣверной Франціи гораздо раньше, чѣмъ въ Германіи, удержались почти всецѣло до настоящаго времени: догматъ акцессорности остался здѣсь не тронутымъ и безгласность нѣкоторыхъ законныхъ ипотекъ считается еще до сихъ поръ во Франціи необходимой опорой семейнаго строя[1]).

Однако если обратиться къ исходнымъ моментамъ вещнаго обезпеченія въ древнѣйшемъ періодѣ правовой исторіи

1) Ср. Coquille, La France et le Code Napoléon стр. 363.

Франціи, то·тамъ найдется сходство съ германскими институтами соотвѣтствующаго времени. На это сходство впервые указалъ въ германской литературѣ Franken[1]) и можно только пожалѣть, что неоконченный трудъ этого преждевременно скончавшагося юриста до сихъ поръ недостаточно оцѣненъ французскими историками права. Въ средневѣковой Франціи, какъ и въ древней Германіи, одной изъ самыхъ распространенныхъ формъ вещнаго обезпеченія[2]) является залоговое пользованіе, другими словами, отдача недвижимости кредитору съ правомъ полученія ея обратно по уплатѣ занятой суммы должникамъ. Такая вещь въ рукахъ залогодержателя называется большею частью gage, а также nans[3]) и отъ этого послѣдняго слова происходитъ слово nantissement, обозначавшее впослѣдствіи обрядъ закрѣпощенія залоговаго права на недвижимость. Сдѣлка, путемъ которой передается пользовладѣніе въ обезпеченіе извѣстной суммы, называется engagement или иногда engagière и вполнѣ соотвѣтствуетъ германской т. н. ältere Satzung. Она содержитъ въ сущности отчужденіе экономической стоимости, чѣмъ и объясняется допущеніе выкупа со стороны родичей[4]), такъ что врядъ ли можно приписать[5]) ея распространенность по-

1) Das französische Pfandrecht im Mittelalter. Erste Abtheilung. Das Engagement (1879).

2) См. примѣры этой сдѣлки въ первой половинѣ среднихъ вѣковъ у Beaune, Droit coutumier français. Des contrats стр. 513 и у Viollet, Histoire du droit civil français стр. 734.

3) См. Franken, l. c. стр. 23 сл.

4) Ср. Ancien Coutumier de Bourgogne (1459 г.) изд. Marnier, (въ Revue hist. de droit français et étranger III 537) cap. IX. — См. кромѣ того Trés Ancien Coutumier de Normandie (éd. Tardif) cap. LXXXVI § 1.

5) Такъ напр. Esmein, Etudes sur les contrats dans le trés ancien droit français (1883) стр. 162.

требности обходить принципъ неотчуждаемости земель, тѣмъ болѣе что одновременно и параллельно съ ней во Франціи, какъ и въ Германіи, встрѣчаются продажи съ обратнымъ правомъ покупки, имѣющія также цѣлью обезпеченіе долга [1]). Однако между vente à réméré и engagement остается та разница, что при первой сдѣлкѣ на пріобрѣтателя переходитъ право собственности, тогда какъ кредиторъ имѣетъ на gage лишь обширное право пользованія, и эта разница сознается уже юристами XIII и XIV вѣка [2]).

Сходство между ältere Satzung и engagement обнаруживается въ самомъ характерѣ сдѣлки: кредиторъ получаетъ на руки эквивалентъ выданной имъ суммы и потребляя собираемые съ участка плоды, онъ тѣмъ самымъ удовлетворяется. Срокъ пользованія можетъ быть ограниченъ извѣстными промежутками времени, по истеченіи которыхъ прекращается право на полученіе плодовъ, или потому, что съ этими сроками связано осуществленіе права обратнаго полученія вещи въ силу уплаты занятыхъ денегъ залогодателемъ [3]), или потому, что въ это время совершается погашеніе капитальной суммы въ силу накопленія доходовъ плодоприносящей вещи. Но какъ бы ни оканчивалось это

---

1) См. Lamprecht, Beiträge zur Geschichte des franz. Wirthschaftslebens im XI. Jahrhunderte въ Staats- und sozialwissenschaftliche Forschungen I. 3 стр. 136 сл.

2) См. Beaumanoir, Coutumes de Beauvoisis (éd. Beugnot) XLV. 39 . . . la propriété de l'iretage n'est pas lor . . . — Bouteiller, Somme rural (éd. Charondas le Caron, Paris 1611) tit. I стр. 3: Droit à la chose est avoir l'usufruict sur aucune propriété ou sur aucun gage certaine somme de deniers de prêt ou de nampt, et à autre appartient la propriété ou le propre gaige; car deux choses sont l'une usufructuaire et l'autre propriété.

3) См. Ancien Coutumier de Bourgogne l. c. cap. IX § 1; см. также Bouteiller, Somme rural c. LXXVIII p. 454: à scavoir est que souvent advient que aucun . . . engage le fruit d'un héritage à tenir la vie d'un autre durand . . .

залоговое пользованіе [1]), его отличительная черта здѣсь, какъ и при Satzung, является отсутствіе иска въ пользу кредитора: послѣдній не можетъ требовать возвращенія денегъ. Это послѣднее дѣйствіе зависитъ отъ доброй воли должника, который только допускается къ уплатѣ, такъ что, если погашеніе долга покажется ему невыгоднымъ, оставленіе вещи въ рукахъ кредитора является предѣломъ его экономическаго ущерба. Ясно, что при подобной ограниченной отвѣтственности здѣсь также не можетъ быть рѣчи объ акцессорности залоговаго права въ римскомъ смыслѣ: личный моментъ поглощается вещнымъ [2]). Цѣлый рядъ кутюмовъ XIII вѣка [3]) прямо подчеркиваютъ это отсутствіе требованія со стороны залогодержателя, даже и въ томъ случаѣ, когда отданная въ залогъ вещь не можетъ по своей доходности считаться эквивалентомъ занятой суммы. Залоговое пользованіе, какъ таковое, являлось удовлетвереніемъ залогодержателя и это вполнѣ соотвѣтствовало воззрѣніямъ того времени, когда кредиторы допускались преимущественно къ собиранію плодовъ съ недвижимости, а не

---

1) О различномъ значеніи, которое имѣютъ въ этомъ отношеніи vifgage и mortgage см. ниже стр. 251, а также Franken, l. c. стр. 144.

2) См. Franken, l. c. стр. 200 сл.

3) Coutumes de Montpellier 1204 г. art. 90 (у Giraud, Hist. du droit français I): Si fuerit pignus obligatum, non compellitur redimere nisi fuerit conventum, licet pignus minus valeat. — Coutume d'Alais 1250 г. (въ переводѣ Beugnot, Olim III. 2 стр. 1489) art. VIII: que celui qui donnera un nantissement ne soit pas contraint de le racheter, si cela n'est spécifié dans la convention, quand le nantissement vaudra moins que ce qui aura été prêté. — То же самое въ art. XLIX: Nous concédons aussi, que comme il a été jusqu'à présent tenu et usité dans notre terre les fruits de nantissement ne soient pas réunis au capital, ni que le débiteur ne soit contraint de racheter le nantissement. Странно, что Glasson (Hist. du droit et des institutions de la France VII стр. 671, прим. 3) приводитъ эти мѣста, какъ доказательство неограниченной отвѣтственности залогодателя!

къ продажѣ оной[1]). Но engagement велъ также къ установленію окончательнаго правоотношенія въ пользу кредитора, когда было оговорено, что въ случаѣ просрочки за залогодержателемъ будетъ укрѣплена вещь, или когда послѣдній бралъ на себя обязанность продать ее для погашенія долга изъ ея стоимости[2]). Но и при такой формѣ вещнаго обезпеченія, ведущей къ удовлетворенію изъ самой субстанціи вещи, встрѣчаются указанія на то, что залогодержатель не имѣлъ права взысканія съ остальнаго имущества должника, если только стоимость заложенной вещи не была особенно гарантирована. Такъ по крайней мѣрѣ рѣшаетъ Beaumanoir[3]) въ своихъ Coutumes de Beauvoisis, которыя даютъ наиболѣе полную картину національнаго права сѣверной Франціи въ XIII вѣкѣ. Въ другихъ же памятникахъ, хотя и болѣе раннихъ, но подвергшихся тѣмъ не менѣе болѣе сильному вліянію римскаго права, какъ Assises de Jérusalem[4]), и кромѣ того въ сочиненіяхъ юристовъ, старавшихся замѣнить туземное право чужестраннымъ, какъ напр. Livre de Jostice et de Pled[5]),

---

1) Ср. Conseil de Pierre de Fontaines chap. XXI § 9 (éd. Marnier p. 230 сл.).

2) Bouteiller, Somme rural Tit. 102 (стр. 586 у Charondas) Quand aucun baille gage, soit d'héritage ou de biens meubles par condition que si dedans certain jour il n'est achepté, que celuy à qui obligé est s'en puisse mettre en saisine ou de faire vendre . . . Нѣкоторые кутюмы прямо воспрещали продажу gage, если не было оговорки при установленіи онаго. См. Raisons et articles de St. Dizier (1350) у Beugnot, Olim T. II стр. 718, CCXXXVII: Uns hons ou une femme a gagieres; besoins li convient vendre ce qui la gagière est; dist qu'il n'at pooir dou racheter. Puet estre vendue? Nenil, s'on ne li dist à l'encommancement de la gagière.

3) Coutumes de Beauvoisis LV. 6.

4) Assises de Jérusalem (изд. Beugnot, Paris 1853). Assises de la Cour des Bourgeois chap. XXXII.

5) Livre IX tit. 4 § 1 (éd. Rappetti).

мы уже находимъ римскія послѣдствія продажи залога: излишекъ выдается должнику, а недоимка взыскивается съ остальнаго имущества залогодателя.

Очень возможно, что обязательность продажи для кредитора установилась раньше при закладѣ движимости[1]). Можно во всякомъ случаѣ предполагать, что было время, когда и при этомъ родѣ engagement движимость, перешедшая въ руки залогодержателя, исчерпывала его право взысканія[2]). Послѣднимъ слѣдомъ[3]) этого, исчезнувшаго уже въ XVI вѣкѣ, воззрѣнія является положеніе Coutume de Bayonne[4]), постановляющее, что случайная пропажа заклада въ рукахъ кредитора освобождаетъ залогодателя отъ дальнѣйшаго взысканія съ остальнаго его имущества. Это ничто иное, какъ правило Саксонскаго Зерцала „von den

---

1) См. Statuts de Salon (1293 г.) нап. у Giraud, Hist. du droit français II стр. 259. Ср. еще раньше Assises de la Cour des Bourgeois chap. LV.

2) Желаніемъ освободить должниковъ отъ личной отвѣтственности объясняется, можетъ быть, воспрещеніе Евреямъ давать деньги взаймы безъ залога. См. Compilatio de usibus Andegaviae (въ Etablissements de St. Louis éd. Viollet T. III) LV. Впрочемъ исполненіе этого предписанія не всегда защищало Евреевъ отъ экстренныхъ мѣръ. См. Assises des Juifs de Ploermel 22 марта 1240 г. (Paniol, La Trés Ancienne Coutume de Bretagne 1896. стр. 329) § 2. Praeterea omnia debita quae debentur dictis judaeis in Brittania constitutis, quocunque debentur, penitur remittimus et quietamus; et terrae eisdem judaeis obligatae et quaecunque pignora mobilia et immobilia ad debitores vel eorum heredes revertentur . . .

3) На точкѣ зрѣнія господствующаго уже въ XV вѣкѣ мнѣнія (см. Bouteiller, Somme rural въ tit. LLXIV стр. 385) стоитъ Coutume d'Anjou et du Maine 1497 г. (Beautemps-Beaupré, Coutumes et Institutions de l'Anjou I) § 1088: Si le gage est perdu par cas d'aventure ou par maire force ou destruit, le créditeur n'en est pas tenu et pourra néamoins demander sa debte au debteur.

4) Tit. XX (1514 г.) у Bourdot de Richebourg, Nouveau Coutumier général (Paris 1724) IV: § 14. Si la chose baillée en gage se pert, estant sous le pouvoir du créancier, le créditeur pert la somme; et aussi le debteur la plus valleur de la chose engagée.

essenden Pfändern", вытекающее изъ предметно ограниченной отвѣтственности залогодателя [1]).

Залогъ на недвижимость въ видѣ gage могъ имѣть двоякое значеніе: vifgage и mortgage. При vifgage плоды не только не замѣняютъ процентовъ занятой суммы, но идутъ также въ счетъ капитала, вслѣдствіе чего по истеченіи извѣстнаго срока можетъ наступить освобожденіе вещи отъ залоговаго бремени [2]). Такой залогъ въ германскомъ правѣ назывался Totsatzung, потому что при этомъ имѣлось въ виду уничтоженіе долга. Наоборотъ, у французовъ залогъ назывался mortgage, когда онъ для должника, какъ будто, не существовалъ, когда онъ ему не оказывалъ никакихъ услугъ, когда плоды, приносимые недвижимостью, не могли вырвать ее изъ чужаго обладанія [3]). Въ первой половинѣ среднихъ вѣковъ mortgage преобладалъ [4]); впослѣдствіи ему пришлось идти въ разрѣзъ съ каноническими воспрещеніями, такъ какъ онъ легко скрывалъ взиманіе чрезмѣрнаго роста.

Уже у Bouteiller [5]), а впослѣдствіи и у Loi-

---

1) Французскіе юристы, — какъ напр. Tambour, Des voies d'exécution II стр. 396,— даже не подозрѣваютъ сходства этого постановленія съ соотвѣтствующимъ положеніемъ Зерцала.

2) Loisel, Institutes Coutumières III tit. 7 § II: Vifgage est qui s'acquitte de ses issues.

3) Obligation de mortgaige si est obliger ung héritaige et mettre en main daucun pour le tenir tout et si longuement que celluy à qui l'héritaige doibt appartenir par droict l'aura racheté d'une certaine somme en deniers que on hypotheque et assiet sus, pour tenir, joyur et posséder ledicte héritiage par celluy à qui il est ainsi ordonné tant et si longuement, sans défalquer ne rabattre tous les fruicts et émoluments que on en parçoit . . . (Bouteiller, Somme rural p. 138). Также Trés Ancienne Coutume de Bretagne (éd. Planiol) p. 111 прим. 2.

4) См. Viollet, Histoire du droit civil стр. 734.

5) Somme rural l. c. Также Beaumanoir, Coutumes de Beauvoisis LXVIII. 11.

sel[1]), мы находимъ въ связи съ опредѣленіемъ mortgage указанія на то, что такая сдѣлка считается ростовщической, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, гдѣ mortgage служитъ только способомъ передачи недвижимости съ цѣлью сохранить право обратнаго выкупа: такъ напр., при выдачѣ дочери замужъ родителямъ разрѣшалось отдавать ей на правахъ mortgage дотальную недвижимость съ тѣмъ, чтобы со временемъ замѣнить вещь деньгами[2]).

Но на основаніи изреченій Bouteiller и Loisel было бы ошибочно думать, что mortgage исчезъ изъ оборота Франціи[3]). Онъ, какъ и vente à réméré[4]) и какъ подвидъ послѣдней, извѣстный подъ названіемъ contrat pignoratif[5]), остался весьма распространенной формой реальнаго кредита. Мы находимъ его въ цѣломъ рядѣ кутюмовъ, иногда въ скрытой формѣ[6]), вплоть до самой революціи[7]). Этотъ mortgage является среди усиленной романизаціи остаткомъ древнихъ воззрѣній, по которымъ отданная вещь считается, если собственникъ не пожелаетъ получить ее обратно, полнымъ эквивалентомъ за занятыя деньги. Интересно отмѣтить, что mortgage во Франціи, какъ и

---

1) Institutes Coutumières III tit. VII § 3.

2) Не совсѣмъ ясно у Карасевича, Обычное гражданское право древней Франціи, стр. 441.

3) Кромѣ вышеприведенной Coutume d'Alais, санкціонирующую mortgage, см. еще Raisons de St. Dizier l. c. § 237 . . . Doit on laissier de ce qu'on en a recepu? Nenil.

4) См. Coutume d'Auvergne. XXVI § 21 (Bourdot de Richebourg, Coutumier général IV).

5) При contrat pignoratif вещь возвращается въ пользованіе должнику. Ср. по поводу распространенности этого договора Merlin, Répertoire de jurisprudence. Contrat pignoratif. § I.

6) Ср. Coutume du Labourt 1514 г. tit. XVII (Bourdot IV), а также Lecesne, Exposé de la législation coutumière de l'Artois (1869) p. 928.

7) Ср. Catelan, Arrests notables du Parlement de Toulouse V chap. I.

Erbpfandbesitz остзейскаго края, служилъ иногда чисто отчуждательнымъ цѣлямъ: кромѣ вышеуказаннаго случая изъ семейнаго права можно еще привести примѣры mortgage, установляемаго во избѣжаніе крѣпостныхъ пошлинъ, взыскиваемыхъ при продажѣ[1]), и еще на mortgage, какъ на отчужденіе, передающее право на участокъ съ той особенностью, что это право считалось движимостью[2]), тогда какъ собственность на тотъ же участокъ принадлежала бы къ категоріи res immobiles; а въ виду существовавшихъ еще ограниченій въ правѣ распоряжаться недвижимымъ имуществомъ, для пріобрѣтателя участка было иногда очень удобно получить на эту вещь правомочіе, подводимое подъ понятіе о движимомъ имуществѣ[3]).

Послѣ наступленія новаго режима въ 1789 г. можно было ожидать со стороны законодательства другого отношенія къ кредитнымъ сдѣлкамъ, заподозрѣннымъ въ укрывательствѣ чрезмѣрнаго роста[4]). Однако даже въ проектѣ Code civil пропущено залоговое пользованіе недвижимостью; оно было внесено въ кодексъ[5]) лишь впослѣдствіи, на основаніи замѣчаній нѣкоторыхъ аппеляціонныхъ судовъ, подъ названіемъ antichrèse и вмѣстѣ съ gage (закладомъ движимости) образовало титулъ: du nantissement[6]), т. е. о залогѣ съ передачей вещи кредитору. Antichrèse Кодекса отли-

1) Ср. Thellier de Poncheville, Du contrat d'emmortgagement dans le pays de St. Amand. Valenciennes 1878.

2) См. Ancienne Coutume de Bar 1506 г. § 38 (Bourdot II): que toutes venditions à rachat et gaigières sortissent nature meubles.

3) См. Beaune, Contrats стр. 521.

4) Marcadé et Paul Pont, Explication du Code civil (1867) IX стр. 679.

5) Fenet, Travaux préparatoires du Code civil T. XV стр. 219.

6) Ст. 2071 сл.

чается отъ римской тѣмъ, что избытокъ доходовъ можетъ служить погашенію капитала, а отъ стараго engagement тѣмъ, что, если продажа, обязательная въ случаѣ неуплаты оставшагося долга [1]), не даетъ полнаго удовлетворенія кредитору, послѣдній можетъ, какъ всякій французскій залогодержатель, обратить свое личное требованіе противъ остальнаго имущества залогодателя. Французская практика не колеблется приравнивать эту форму залога къ обыкновенной ипотекѣ и считать ее также акцессорной въ римскомъ смыслѣ [2]).

Если gage такимъ образомъ соотвѣтствуетъ Satzung съ передачей владѣнія, то нельзя съ другой стороны не отмѣтить сходства т. н. neuere Satzung съ obligation французскаго права. Подъ obligation — или впослѣдствіи чаще obligation d'hypothèque — разумѣется въ средневѣковой Франціи сдѣлка, устанавливающая въ пользу кредитора право на удовлетвореніе изъ стоимости извѣстной вещи съ оставленіемъ послѣдней въ обладаніи должника. Необходимость такой формы залога достаточна для объясненія возникновенія obligation помимо романистическихъ вліяній [3]); но несомнѣнно, что на терминологію и построеніе самого института повліяли мѣста римскихъ источниковъ, неправильно

1) Ст. 2088. Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu; toute clause contraire est nulle. En ce cas il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales. Эту необходимость публичной продажи упустилъ изъ виду Kohler, Pfandrechtliche Forschungen стр. 71, когда онъ слишкомъ подчеркнулъ сходство французской antichrèse Кодекса съ Nutzungspfandrecht.

2) См. рѣшеніе Ліонской палаты отъ 5 янв. 1873 г. Dalloz, Recueil périodique 1874. I. 162.

3) Такъ напр. obligation, упоминаемая въ Coutumier d'Artois 1300 г. (éd. Tardif), tit. XXII § 2.

понятыя. Попадающіяся въ Дигестахъ по поводу залога картинныя выраженія „res obligata“, „rei obligatio“ навели, какъ видно, французскихъ романизаторовъ[1]) на мысль, что эти слова указываютъ на особаго рода обязательство, которое заключается въ томъ, что держатель вещи обязывается платить долгъ изъ ея стоимости. За этимъ правомочіемъ **Beaumanoir** и **Bouteiller** уже признаютъ двѣ главныя гарантіи залоговаго обезпеченія: право преимущественнаго удовлетворенія и право преслѣдованія вещи въ чужихъ рукахъ[2]). Такимъ образомъ видно, что сдѣлка, устанавливающая залогъ на опредѣленную (недвижимую) вещь — **obligation en especial**, — близко подходила къ римской ипотекѣ и не могла не слиться съ ней послѣ усилившейся рецепціи.

Но на практикѣ сохранилась разница между римской и французской ипотекой въ конструкціи самого правоотношенія, не смотря на протесты нѣкоторыхъ юристовъ[3]). Практика XVI столѣтія стала считать право залогодержателя притязаніемъ, направленнымъ противъ обладателя заложенной вещи, въ качествѣ таковаго: третье лицо, пріобрѣвшее заложенный предметъ, разматривалось какъ субъектъ, о б я з а н н ы й уплатить ипотечный долгъ, пока онъ не отказывался отъ обладанія[4]). Это произвольное толкованіе термина „obligatio rei“ не можетъ объясняться исключительно непониманіемъ римской

---

1) См. главнымъ образомъ **Bouteiller**, Somme rural tit. XXV p. 134, 136, 137.

2) См. Coutumes de Beauvoisis LIV. 5; LXX. 11; Somme rural tit. LXIV p. 385.

3) **Loyseau**, Traité du déguerpissement, Livre III chap. IV и V.

4) Ср. **Cardaire**, Etude historique et critique sur le droit de préférence dans l'hypothèque (1898) стр. 108, 134.

ипотеки; нужно скорѣе думать, что подобное направленіе тоже вытекало изъ средневѣковыхъ воззрѣній на обремененіе вещи, какъ на долгъ, переходящій на каждаго пріобрѣтателя. Интересно отмѣтить, что иногда отвѣтственнымъ считался не только собственникъ заложенной вещи, но и простой detentor: такъ, напр., въ Artois арендаторъ участка, обремененнаго залогомъ, отвѣчалъ за долгъ арендными платежами, которые въ случаѣ просрочки со стороны залогодателя поступалъ къ залогодержателю: арендаторъ, конечно, могъ освободиться отъ всякой отвѣтственности путемъ оставленія вещи[1]). Этимъ укоренившимся воззрѣніемъ объясняются слова, повторяемыя почти всѣми кутюмами позднѣйшей редакціи: наслѣдники считаются лично отвѣтственными за долги въ размѣрѣ своей доли „et hypothécairement pour le tout“[2]). Здѣсь такимъ образомъ признается, что наслѣдникъ изъ своего имущества обязанъ уплатить только часть долговъ, соотвѣтствующую его долѣ актива; но если у него находится заложенная наслѣдодателемъ вещь, онъ, какъ всякій владѣлецъ, обязанъ уплатить весь ипотечный долгъ, чтобы ее удержать. По отношенію къ заложенной вещи искъ кредитора носитъ ипотечный характеръ; но тѣмъ не менѣе кутюмы, вѣрные своей точкѣ зрѣнія, говорятъ здѣсь объ ответственности наслѣдника. Pothier[3]), чтобы охарактеризовать положеніе наслѣдника, въ силу котораго онъ является должникомъ залогодержателя и тѣмъ не менѣе можетъ избавиться

1) См. Lecesne, Législation coutumière de l'Artois стр. 333.
2) См. напр. новѣйшій Coutume de Paris (Bourdot, III) §§ 332, 333.
3) De l'hypothèque chap. II sect. II (Oeuvres T. VII éd. Dupin, стр. 560 сл.).

отъ ипотечнаго взысканія отказомъ отъ вещи, выставляетъ[1]) понятіе объ action hypothécaire personelle, которая въ его глазахъ считается необходимой для выясненія обязательственнаго момента, но которая врядъ ли можетъ найти себѣ опору въ римскомъ правѣ. Наконецъ, нужно имѣть въ виду, что до сихъ поръ въ Code civil сохранились слѣды прежней конструкціи: ст. 2168 и 2169[2]) упоминаютъ о томъ, что третье лицо обязано или платить долгъ или оставить вещь, хотя въ самомъ порядкѣ взысканія теперь соблюдается разница при обращеніи къ владѣльцу и при напоминаніи о долгѣ залогодателю[3]).

Возвращаясь къ древней obligation мы къ сожалѣнію не можемъ при этой формѣ залога найти слѣды ограниченной отвѣтственности, которая, какъ выше было указано, допускалась и при Satzung безъ передачи владѣнія. Loyseau[4]) въ XVI вѣкѣ уже съ негодованіемъ отвергаетъ возможность сосредоточить право взысканія на одномъ только заложенномъ объектѣ. Такая точка зрѣнія,

---

1) Ср. также Ferrière, Nouveau Commentaire sur la Coutume de Paris (1770) II стр. 206.

2) Ст. 2168: Le tiers détenteur est tenu . . . ou de payer tous les interêts et capitaux exigibles — ou de délaisser l'immeuble hypothéqué sans aucune réserve . . .; ст. 2169: Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations . . . — Roth (Deutsches Privatrecht III § 293 изд. 1886 г.) не достаточно оцѣнилъ значеніе этихъ статей.

3) Ст. 2169 . . . chaque créancier hypothécaire . . . a droit de faire vendre . . . l'immeuble hypothéqué trente jours 'aprés commandement fait au débiteur originaire et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage.— Boitard, Leçons de procédure civile (1872) II стр. 197: Commandement est un exploit d'huissier par lequel une personne reçoit une injonction de payer en vertu d'un titre exécutoire . . . L'acte d'huissier contenant l'ordre de payer, mais non fondé sur un titre exécutoire cesserait d'être un commandement pour ne constituer qu'une simple sommation . . .

4) Traité du déguerpissement. Livre IV chap. III.

конечно, объясняется ранней рецепціей римскихъ началъ даже въ сѣверной Франціи. Но въ данномъ случаѣ играетъ несомнѣнную роль и другой моментъ, а именно самый объемъ залоговаго взысканія, установленный сторонами.

Въ памятникахъ XIII столѣтія мы встрѣчаемъ изреченія, изъ которыхъ видно, что должникъ, вступая въ обязательственныя отношенія съ кредиторомъ, упоминаетъ объ отвѣтственности всѣмъ своимъ имуществомъ [1]). Очень вѣроятно, что эта оговорка была первоначально необходима для допущенія взысканія противъ имущества, въ особенности недвижимаго; впослѣдствіи же она повторялась, можетъ быть, какъ установленная обычаемъ формула, лишенная существенной необходимости [2]). Но для насъ интересно послѣдствіе, которое было изъ нея выведено: разъ obligatio specialis означала обѣщаніе допустить абсолютное и преимущественное удовлетвореніе изъ опредѣленной вещи, то и на obligatio generalis стали мало по малу смотрѣть какъ на вещное обезпеченіе, распространяющееся на все имущество должника [3]). А въ виду того, что всякое обязательство должно было со временемъ влечь за собой имущественную отвѣтственнность, установилось предположеніе, что всякая личная связь между двумя контрагентами порождаетъ генеральную ипотеку въ римскомъ смыслѣ на весь активъ должника [4]). У Bouteiller въ

---

1) Такъ напр. у Beaumanoir, Coutumes de Beauvoisis XXXIV 52: A ce tenir fermement ai-je obligé moi et mes hoirs et tout le mien meubles et héritages.

2) Ср. Esmein, Etudes sur les contrats стр. 177 сл.

3) Ср. по поводу этихъ двухъ понятій Livre des Droiz et Commandements (éd. Beautemps-Beaupré) II 757.

4) Въ Somme rural ученію объ obligation par especial предшествуетъ общее опредѣленіе обязательства, которое содержитъ упоминаніе объ иму-

Somme rural [1]) мы читаемъ, что въ „Champagne et Brie aussitôt que l'homme s'y est obligé, hypothèque s'y assied". Понятно, что при такой конструкціи не могло быть мѣста для ограниченности права взысканія. Впрочемъ нужно замѣтить, что первоначально эта отвѣтственность всѣмъ имуществомъ не носила характера залога въ томъ смыслѣ, что она не давала отдѣльнымъ кредиторамъ право на преимущественное удовлетвореніе [2]). Лишь въ XVI вѣкѣ, благодаря усиліямъ юристовъ и главнымъ образомъ Dumoulin [3]), воспослѣдовало въ этомъ отношеніи уравненіе obligatio omnium bonorum и obligatio specialis. Не взирая на протесты нѣкоторыхъ, болѣе строгихъ, романистовъ [4]), во Франціи укоренился окончательно обычай связывать генеральную ипотеку на все имущество со всякимъ обязательствомъ, если только договоръ былъ заключенъ въ присутствіи представителя общественной власти и носилъ характеръ acte authentique [5]). Этому воззрѣнію впрочемъ вполнѣ соотвѣтствовало постановленіе ордоннанса 1539 г. [6]), снабжающее всякій долгъ, признанный должни-

щественной отвѣтственности, стр. 136: „obligation est un lien de droit qui contraint l'homme à satisfaire de ce que obligé est." Это выражалось впослѣдствіи поговоркой „qui s'oblige, oblige le sien", которую составители Кодекса имѣли по всѣму вѣроятію передъ глазами, когда они редактировали ст. 2032. См. однако Maleville, Analyse raisonnée du Code civil T. IV, стр. 187.

1) Tit. XXV стр. 137.

2) Esmein l. c. стр. 185.

3) Въ коммент. къ ст. 43 парижск. котюма glos. I № 110 (Opera omnia. Paris 1681 T. I).

4) Такъ напр. Anton Faber въ своихъ De Erroribus pragmaticorum (1612) T. I Error I.

5) Loisel, Institutes contumières III tit. VII § 13. Contrats passés sous scel de cour laie engendrent hypothèque.

6) Ordonnance de Villers-Cotterets (Isambert, Recueil des anciennes lois françaises XII) §§ 92, 93. Завершеніемъ этого развитія является Ordonnance de Moulins 1566 г., которая въ tit. 53 связываетъ со вся-

комъ, ипотечной силой [1]). Такое общее залоговое право, вытекающее изъ всякаго нотаріальнаго акта, мы находимъ во Франціи до конца XVIII вѣка: въ Code civil оно однако не перешло, но въ немъ ст. 2209 все-таки еще свидѣтельствуетъ о прежнемъ положеніи. Эта статья[2]) позволяетъ залогодержателю искать удовлетворенія изъ остальнаго имущества залогодателя лишь въ случаѣ недостаточности заложенной вещи, или, другими словами, устраняетъ его взысканіе отъ вещей, не вошедшихъ въ залоговое правоотношеніе, пока заложенный объектъ считается въ состояніи погасить его требованіе. Здѣсь несомнѣнный слѣдъ прежней конструкціи, устанавливающей въ связи съ каждымъ обязательствомъ генеральную ипотеку на все имущество: вещь, specialiter заложенная, стояла на первомъ планѣ, а предметы, захваченные общей ипотекой, отвѣчали только in subsidium [3]).

Понятно, что при вышеуказанномъ порядкѣ въ древней Франціи ипотеки должны были размножиться in infinitum и одни только привилегированные, рецепированные изъ римскаго права, залоги могли создать болѣе или менѣе серьезныя преимущества среди этой массы безгласныхъ обремененій.

кимъ окончательнымъ рѣшеніемъ ипотеку на все имущество отвѣтчика. Ср. Valette, De l'hypothèque judiciaire въ его Mélanges de jurisprudence I стр. 362.

1) То же самое въ сущности говорила Coutume de Paris 1510 г. въ § 78: une cédule, qui porte promesse de payer, importe hypothèque du jour de la confession d'icelle faite en jugement.

2) Le créancier ne peut poursuivre la vente des immeubles, qui ne lui sont pas hypothéqués, que dans le cas d'insuffisance des biens, qui lui sont hypothéqués.

3) Происхожденіе этой статьи, какъ видно, не выяснена въ французской литературѣ. Ср. напр. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Traité des privilèges et hypothèques III стр. 796.

Можно сказать, что съ XVI столѣтія во Франціи водворилась окончательно римская ипотечная система съ принципомъ безгласности, сопровождаемая плеядой законныхъ залоговыхъ правъ. Принципъ акцессорности проводится юристами XVII и XVIII вѣковъ въ римскомъ духѣ и опредѣленія, выставленныя въ литературѣ, вполнѣ соотвѣтствуютъ ученію романистовъ [1]). Единственнымъ конкретнымъ слѣдомъ германско-французскихъ національныхъ воззрѣній въ этой области является воспрещеніе ипотеки на движимость или по крайней мѣрѣ воспрещеніе droit de suite [2]) на эту категорію имущества, такъ какъ въ нѣкоторыхъ территоріяхъ не исключена была возможность droit de préférence или преимущественнаго удовлетворенія изъ движимости въ силу залога [3]).

Впрочемъ нужно отмѣтить, что романизація не совершилась вездѣ съ одинакой интенсивностью: извѣтстныя въ сѣверной Франціи территоріи подъ названіемъ „pays de nantissement“ [4]) выдѣляются среди остальныхъ кутюмовъ, такъ какъ онѣ сохранили вплоть до самой революціи, не смотря на стремленія центральной власти [5]), свой особенный порядокъ установленія залоговаго права на недвижимость

---

1) Ср. Bourjon, Le droit commun de la France VI tit. 6 chap. 2; Basnage, Traité des hypothèques chap. VI; Pothier, Traité de l'hypothèque I § III. Однако въ нѣкоторыхъ котюмахъ не былъ рецепированъ beneficium excussionis personalis. См. Lamoignon, Arrêtés I стр. 175.

2) Изреченіе Masuer „C'est ce qu'on dit en France que meuble n'a point de suite“ (La Practique (1620) tit. XXX p. 689) правильно только по отношенію къ pays de droit coutumier. Ср. Esmein, Etudes sur les contrats стр. 200 и Poincaré, Du droit de suite (1888) стр. 81 сл.

3) Такъ напр. въ Нормандіи, см. Basnage, Traité de l'hypothèque chap. IX.

4) Перечислены уже у Bouteiller, Somme rural tit. XXV стр. 137.

5) О неудачныхъ попыткахъ ввести законъ 1771 г. въ pays de nantissement см. Leray, Principe de la publicité des hypothèques стр. 109.

путемъ символическаго акта [1]), который свидѣтельствовалъ о вотчинномъ правоотношеніи кредитора къ опредѣленному участку и завершался записью въ ипотечныя книги [2]). Въ этихъ территоріяхъ простая obligatio rei не могла создавать залоговаго права, и генеральная ипотека изъ acte authentique была въ нихъ немыслима, такъ какъ требовалось закрѣпощеніе отдѣльной недвижимости кредитору. Нужно прибавить, что судебная ипотека, вытекающая eo ipso изъ рѣшенія, не была рецепирована въ pays de nantissement [3]), и что большинство законныхъ ипотекъ остались тамъ неизвѣстными [4]).

Потому и неудивительно, что ипотечные порядки этой части Франціи могли въ глазахъ дальновидныхъ дѣятелей, какъ Кольберъ, считаться образцовыми. Какъ извѣстно, попытка министра Людовика XIV, направленная къ вытѣсненію [5]) римской безгласности въ 1673 г., оказалась неудачной. Пришлось вернуться черезъ годъ къ старой системѣ [6]),

---

1) Mise de fait, rapport d'héritage, main assise.

2) Coutume de Laon ст. 119 (Bourdot II); Senlis ст. 275 (Bourdot II); Vallois ст. XIII (l. c. II); St. Omer — baillage ст. 147, — ville ст. 25; Amiens ст. 137 (Bourdot I). — Неправильное перечисленіе у Warnkönig, Franz. Rechtsgeschichte II стр. 601 п. 4, который по ошибкѣ относитъ сюда Challon ст. 133.

3) Нѣкоторые pays de nantissement были присоединены къ французскимъ владѣніямъ послѣ изданія Ordonnance 1569 г., организовавшей судебную ипотеку, такъ напр. Artois; ср. Lecesne, l. c. стр. 335. — См. однако Coutume de Vermendois (Bourdot II) ст. 125.

4) Противоположное мнѣніе Warnkönig (Französische Rechtsgeschichte II стр. 602) основано на изреченіи Loisel (Institutes III tit. VII § 498), но не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Ср. Leray, Principe de la publicité des hypothèques стр. 127; Besson, Les livres fonciers (1891) стр. 61.

5) Edit du 23 mars 1673 (Isambert, Recueil gén. des anciennes lois françaises. T. XIX). Ср. Gillard, Etude sur la constitution de l'hypotèque conventionnelle (1891) стр. 156.

6) Законъ 16 апр. 1674 г., который приводилъ въ качествѣ повода къ

за которую выступилъ впослѣдствіи канцлеръ d'Aguesseau[1]). Въ современной французской литературѣ встрѣчаются упреки[2]) по адресу послѣдняго за то, что онъ не съумѣлъ оцѣнить благотворную мысль закона 23 марта 1673 г. Онъ, какъ видно, отстаивалъ status quo, полагая, что внезапная публичность должна была поколебать основы поземельнаго строя и тѣмъ самымъ угрожать существованію государства, главной опорой котораго являлось задолженное помѣщичье сословіе[3]). Если при томъ имѣть въ виду, что до настоящаго времени безмолвность ипотеки не устранена еще окончательно изъ Наполеонова Кодекса, то можно будетъ вывести, что принципъ публичности, повидимому, не особенно цѣнится нынѣшними соотечественниками Кольбера и что послѣдніе не имѣютъ въ сущности основанія примѣнять въ данномъ случаѣ чрезмѣрную строгость къ маститому канцлеру прошлаго вѣка.

Прежде чѣмъ обратиться къ дальнѣйшему ходу развитія французскаго залоговаго права послѣ 1789 г., нужно еще упомянуть о другомъ сходствѣ между древне-французскимъ и германскимъ правомъ, которое обнаруживается въ ученіи о рентномъ договорѣ. Въ старѣйшихъ памятникахъ сѣверной Франціи рента является въ видѣ связи между двумя субъектами, изъ которыхъ одинъ опредѣляется обла-

---

отмѣнѣ ипотечной реформы затрудненія, вызванныя новшествомъ „et qui ne peuvent être surmontée dans un temps où nous sommes obligés de donner notre application principale aux affaires de la guerre." Другой мотивъ приводится въ (апокриф.) Testament politique de Colbert (La Haye 1694) стр. 381: „le Parlement n'eut garde de souffrir un si bel établissement, qui eut coupé la tête à l'hidre des procés dont il tire toute sa subsistance".

1) Oeuvres (1789) T. XIII стр. 620.

2) См. Leray, Principe de la publicité des hypothèques (1886) стр. 106.

3) Ср. Taine, L'Ancien régime, стр. 68.

даніемъ извѣстнымъ участкомъ и платитъ въ пользу другого установленный оброкъ. Въ случаѣ неуплаты управомоченное лицо ищетъ свое удовлетвореніе на самомъ участкѣ, присвоивая себѣ плоды. Недостаточность послѣднихъ даетъ ему право обращать свое взысканіе противъ самой субстанціи участка, который можетъ быть отданъ другому или возвращенъ неудовлетворенному рентополучателю [1]). Во всякомъ случаѣ прекращеніе обладанія рентодателя ставитъ конецъ обязательственной связи. Въ этихъ древнѣйшихъ источникахъ не упоминается объ отвѣственности рентодателя остальнымъ имуществомъ [2]). Наоборотъ, мы видимъ, что объектомъ удовлетворенія для рентополучателя является именно данный участокъ, такъ что напр. въ случаѣ двойственнаго отношенія по двумъ участкамъ между тѣми же лицами управомоченное лицо можетъ обращать свое взысканіе только противъ того участка, на которомъ лежитъ недоимка [3]). Но кромѣ того встрѣчаются сдѣлки, гдѣ рентодатель гарантируетъ исправность платежей всѣмъ своимъ имуществомъ [4]). Изъ нихъ можно вывести, что первоначально такая отвѣтственность не была связана съ понятіемъ о рентныхъ отношеніяхъ. Со временемъ однако такая оговорка стала повторяться повидимому все чаще [5]) и скоро сдѣлалась ненужной, когда

1) Ср. Beaumanoir, Coutumes de Beauvoisis XXIV § 10; LI § 4; Grand Coutumier de France (изд. Laboulaye et Dareste) chap. XXXI, LX. Bouteiller, Somme rural tit. L.

2) См. Coustumes notoires du Châtelet de Paris 1667 г., напечат. у Brodeau, Comment. sur la Coutume de Paris (1667) T. 2, рѣшеніе 171 (1374 г.) и рѣшеніе 169 (того же года).

3) См. Coustumes notoires du Châtelet рѣшеніе 129.

4) Ср. напр. въ Répertoire de jurisprudence parisienne (Mémoires de la Soc. de l'histoire de Paris T. XVII стр. 36) сдѣлку 1398 г.

5) См. напр. Coutumes de Lorraine Titre XVII § 14 (Bourdot II); Coutumes de Poitou ст. 38.

укоренился вышеприведенный принципъ, въ силу котораго всякій acte authentique и всякое судебное рѣшеніе порождали генеральную ипотеку на имущество должника [1]). Воздѣйствіе нормировки долговыхъ началъ на ренту объясняется тѣмъ, что послѣдняя неоднократно, во Франціи, какъ и въ Германіи, играла роль кредитной сдѣлки, и юристы называли ее тогда rente constituée въ отличіе отъ cens, censive, rente foncière, вытекающихъ изъ вотчинныхъ правоотношеній [2]). При rente constituée отношенія контрагентовъ основаны на займѣ; уплачиваемый ежегодно взносъ играетъ роль процентовъ за пользованіе капитальной суммы, которая въ отличіе отъ римскаго mutuum не можетъ быть потребована обратно кредиторомъ [3]). Вещный же характеръ rente constituée заключается въ томъ, что лицо, обязывающееся платить проценты за полученную ссуду, обладаетъ недвижимостью, которая гарантируетъ исполненіе обязательства. Это сходство съ ипотекой повело rente constituée къ дальнѣйшему развитію [4]). Главную роль въ этомъ преобразованіи имѣлъ Dumoulin [5]): онъ выставилъ положеніе, что rente constituée можетъ быть въ качествѣ заем-

1) Ср. Brodeau, Commentaire къ ст. 74. Тѣмъ не менѣе Dumoulin признаетъ (Comment. sur la coutume de Paris § XVIII glos. I. 15), что и въ его время очень часто договоромъ ренты устанавливалась лишь ограниченная отвѣтственность. Въ томъ же смыслѣ у Brodeau, Comment. T. II Recueil d'arrêts, рѣшеніе 1571 г. en la Coutume de Senlis.

2) См. Giraud, Précis de droit coutumier (1875) стр. 57.

3) Ordonnance 1629 г. (Code Michaud) § 149 напомнила, что рентополучатель не имѣетъ права требовать возвращенія капитала. Однако это постановленіе не было соблюдено, какъ видно, во всѣхъ парламентскихъ округахъ.

4) См. Viollet, Hist. du droit civil français стр. 683.

5) Tractatus contractuum usurarum n. 22 и Commentaire sur la Coutume de Paris art. 43 glos. I 110.

наго договора обезпечена не только спеціальной ипотекой на опредѣленную недвижимость, но вообще всѣмъ имуществомъ заемщика. Практика[1]) присоединилась къ его взгляду и съ этого момента устанавливается раздѣленіе rentes constituées на rentes volantes, т. е. простыя заемныя обязательства безъ специфическаго характера, и на rentes assignées или assignats, связанныя съ обезпеченіемъ опредѣленной вещью[2]). Приравненіе этихъ послѣднихъ rentes къ заемному обязательству, обезпеченному ипотекой, произошло уже въ XVI столѣтіи[3]). И интересно отмѣтить въ этомъ процессѣ явленіе, вполнѣ соотвѣтствующее вышеприведенному эпизоду изъ исторіи французскаго залоговаго права. Практика стала смотрѣть на третьяго владѣльца участка, обремененнаго посредствомъ наложенія rente constituée, какъ на обязаннаго субъекта: здѣсь проглядывала, хотя, можетъ быть, и безсознательно, прежнее родство rente constituée съ rente foncière. Послѣдняя, какъ извѣстно, считалась долгомъ, обременяющимъ каждаго пріобрѣтателя даннаго участка, тогда какъ наоборотъ при взглядѣ на rente constituée какъ на ипотеку нужно было признать, что единственнымъ должникомъ являлся контрагентъ кредитора, получившій ссуду и обязавшійся къ уплатѣ ренты, а за владѣльцемъ нужно было признать только обязанность допустить взысканіе со стороны рентополучателя или залогодержателя. Loyseau[4]) въ

1) Beaune, Des contrats, стр. 382.

2) Ср. напр. Coutume du Vermendois (éd. Beautemps-Beaupré) § 196.

3) Ср. Goury, Origine et développement historique de la distinction des biens en meubles et immeubles (Bibliothèque de la Conférence Rougéville. Nancy, 1897) стр. 169.

4) Livre I chap. II, chap. III, chap. IX; Livre II chap. I, II, VI; Livre IV chap. IV; Livre V chap. IX. X.

своемъ Traité du déguerpissement протестовалъ противъ этого смѣшенія понятій, обнаружившагося въ новѣйшей Coutume de Paris [1]) и угрожающаго распространиться и на другія территоріи [2]).

Мы видимъ такимъ образомъ, что и здѣсь rente constituée и hypothèque сходятся; не смотря на усиленную романизацію, въ нихъ слышится еще отголосокъ средневѣковаго воззрѣнія на обремененіе вещи въ смыслѣ обязательства, лежащаго на каждомъ отдѣльномъ владѣльцѣ, и отъ котораго послѣдній могъ избавиться оставленіемъ вещи [3]).

Съ началомъ революціоннаго движенія въ 1789 г. замѣтно въ правящихъ сферахъ Франціи стремленіе къ мобилизаціи поземельной собственности. Выраженіемъ этой любимой мысли Мирабо [4]) являются ассигнаціи, обезпеченныя стоимостью конфискованныхъ церковныхъ имуществъ и курсирующія въ оборотѣ, какъ носительницы поземельныхъ цѣнностей. Къ тому же времени въ національное собраніе поступилъ проектъ маркиза де-Рефьеръ [5]), предлагавшій созданіе такихъ же поземельныхъ бумагъ для частной собственности, которыя выдавались бы отдѣльнымъ лицамъ

---

1) Nouvelle coutume de Paris (Bourdot III) §§ 99, 100.

2) Coutume de Vallois CLXI (Bourdot II); Sedan, 264 (Bourdot ibidem); Montdidier, 271. — Болѣе правильно съ точки зрѣнія римскаго права выражаются Coutume de Montargis II art. 37 и 39 (Bourdot III) и Sens (1555 г.) 132, 134, 135.

3) Loyseau, Liv. I chap. II, старается установить разницу между déguerpissement при rentes foncières отъ délaissement par hypothèque. Въ послѣднемъ случаѣ владѣлецъ не долженъ былъ бы отвѣчать за недоимки, тогда какъ пріобрѣтатель участка, обремененнаго наложеніемъ rente fonciere, наоборотъ считался обязаннымъ погасить накопившіяся недоимки передъ оставленіемъ вещи. Но редакція § 100 Coutume de Paris мало способствовало проведенію этой разницы.

4) См. Rondel, La mobilisation du sol en France стр. 84 сл.

5) Ср. Laferrière, Essai sur l'hist. du droit français (1885) II стр. 166 сл.

въ размѣрѣ стоимости принадлежащихъ имъ недвижимостей и пускались бы потомъ въ обращеніе путемъ передачи.

Это нововведеніе осуществилось лишь впослѣдствіи вмѣстѣ съ Code hypothécaire 27 іюня 1795 г. — 9 messidor An III[1]). Въ этомъ законѣ, выставившемъ необходимость записи всякой ипотеки и являющемся вслѣдствіе этого торжествомъ для pays de nantissement, мы находимъ рядомъ съ акцессорной ипотекой[2]) институтъ т. н. cédules hypothécaires, которыя содержатъ обремененіе недвижимостей даннаго собственника въ извѣстномъ округѣ и выдаются ему на руки съ оцѣнкой, провѣренной должностнымъ лицомъ, которое за нее отвѣчаетъ; собственнику же предоставлено пускать эти cédules въ оборотъ по надписямъ для удовлетворенія своихъ кредитныхъ потребностей[3]). Такимъ образомъ третія лица пріобрѣтаютъ залоговыя притязанія[4]), которыя, въ качествѣ таковыхъ и безъ сопровожденія главнаго требованія, могутъ доставить предъявителю удовлетвореніе изъ недвижимаго имущества безъ личной отвѣтственности должника, выдавшаго цедулу[6]). Это соединеніе личнаго и вещнаго элемента въ одномъ правѣ, какъ при германской Grundschuld, является несомнѣнно однимъ изъ наиболѣе

---

1) Напечатанъ у Guichard, Législation hypothécaire T. I.

2) §§ 2 и 34 названнаго закона.

3) § 36: Au nombre des diverses manières de conférer volontairemen hypothèque est compris celle qui accorde à tout propriétaire de biens . . . la faculté de prendre hypothèque sur lui même.

4) § 79: Ces cédules confèrent sur le bien du requérant hypothèque . . . § 217: Les créances résultant des cédules hypothécaires . . .

5) См. § 36 п. 5.

6) Этотъ характеръ не достаточно выясненъ работой Challamel, Etude sur les cédules hypothécaires стр. 39 сл., и его объясненіями въ Commission extraparlementaire du cadastre (Procés Verbaux V стр. 543 сл.).

интересныхъ эпизодовъ въ исторіи гражданскаго права революціоннаго періода. Но cédules hypothécaires тѣмъ не менѣе не удержались [1]); въ глазахъ публики онѣ показались угрозой для права собственности [2]), а Конвентъ отмѣнилъ ихъ, потому что нашелъ въ нихъ политическое неудобство, такъ какъ они могли дать эмигрантамъ возможность быстро реализировать или обезцѣнивать свои помѣстья, подлежащія конфискаціи [3]).

Новый ипотечный законъ 1 ноября 1798 г. (11 brumaire An VII) уже не упоминаетъ объ этихъ обремененіяхъ на имя собственника, но твердо отстаиваетъ моментъ публичности [4]). Однако при полной кодификаціи всего гражданскаго права въ началѣ нынѣшняго вѣка составители первоначальнаго проекта нашли возможнымъ вернуться къ римской залоговой системѣ, дѣйствующей въ территоріяхъ, называемыхъ pays d'hypothèque въ противоположность pays de nantissement [5]). Дальнѣйшее обсужденіе обнаружило по этому вопросу два противоположныхъ мнѣнія: одни отстаивали старый порядокъ, установившійся въ большинствѣ территорій до 1789 г.; другіе предлагали сохраненіе принциповъ, выставленныхъ закономъ 1798 г. [6]). При окончательномъ составленіи этого отдѣла Кодекса,

---

1) Теперь доказано, благодаря работѣ Rondel, La mobilisation du sol en France, стр. 150, что этотъ законъ вступилъ въ дѣйствіе.

2) См. рѣчь Jacqueminot въ Conseil des Cinq Cents (Guichard, l. c. I стр. 239).

3) Ср. Laferrière l. c. стр. 288.

4) §§ 3 сл., 26 сл. (напечат. у Guichard l. c.).—Законъ 21 ventôse An VII установилъ форму крѣпостныхъ реестровъ, §§ 16 сл.

5) См. Discours préliminaire sur le Code civil (у Crussaire, Analyse des observations des tribunaux sur le projet de Code civil стр. LIII).

6) Ср. Mittermaier въ Archiv f. civ. Praxis XVIII стр. 442. Guillouard, Traité des privilèges et hypothèques I стр. 51.

отчасти подъ вліяніемъ замѣчаній нѣкоторыхъ судовъ [1]), послѣдовалъ компромиссъ по вопросу о публичности и спеціальности залоговаго права: была признана необходимость записи залоговаго права съ исключеніемъ въ пользу двухъ законныхъ ипотекъ [2]) и нѣкоторыхъ privilèges [3]), сохранившихъ характеръ безмолвныхъ обремененій; а принципъ спеціальности былъ во всей своей строгости примѣненъ лишь къ добровольнымъ ипотекамъ [4]).

Не смотря однако на необходимость записи въ большинствѣ случаевъ, ипотека въ Code civil является правомъ, самый характеръ котораго независимъ отъ этой формальности [5]). Послѣдствія ипотеки по отношенію къ третьимъ лицамъ подчинены записи, но ипотека, какъ таковая, возникаетъ здѣсь, согласно римскому ученію, уже въ силу сдѣлки, закона или судебнаго рѣшенія [6]).

Вообще чтеніе соотвѣтствующихъ статей Code civil можетъ удовлетворить самого требовательнаго романиста не только потому, что Кодексъ опредѣляетъ ипотеку, какъ вещное право въ защиту опредѣленнаго требованія и поставленное

---

1) См. Crussaire, l. c. стр. 681.

2) Ст. 2135 обязана своимъ существованіемъ личнымъ стараніямъ Перваго Консула. Ср. Fenet, Travaux préparatoires XV, стр. 321, 323. Ср. еще Jac, Bonaparte et le Code civil (1898) стр. 138.

3) Ср. ст. 2106 со ст. 2101, 2104, 2107. Исключеніе относится только къ droit de préférence; юриспруденція и въ этихъ случаяхъ для droit de suite требуетъ ипотечную запись (ср. Baudry-Lacantinerie et de Loynes I стр. 608), хотя это, какъ будто, не вытекаетъ изъ ст. 2107.

4) Ср. ст. 2148 п. 5 со ст. 2122 и 2123.

5) См. Puchelt, Das franz. Hypothekenrecht I стр. 21; Capitant, Introduction à l'étude du droit civil. Послѣдняя книга является первой попыткой создать общую часть въ курсѣ французскаго права примѣнительно къ Arrêté 24 іюля 1895 г.

6) См. ст. 2117, 2134, 2166.

вслѣдствіе этого въ зависимость отъ послѣдняго [1]), но главнымъ образомъ потому, что система ипотечной записи здѣсь не вліяетъ на принципъ акцессорности. Реестръ, который ведется при окружномъ судѣ [2]) и въ которомъ сдѣлки группируются не вокругъ отдѣльнаго участка, а вокругъ личности контрагента [3]), считается публичнымъ въ томъ смыслѣ, что заинтересованныя лица могутъ требовать выписки [4]) изъ него. Но по французскому праву этотъ реестръ и его содержаніе не считается достовѣрнымъ, или другими словами, его содержаніе не имѣетъ по отношенію къ третьимъ добросовѣстнымъ лицамъ значенія обзора правъ на недвижимости, соотвѣтствующаго объективной истинѣ. Такимъ образомъ въ выпискахъ, выдаваемыхъ хранителями ипотекъ (conservateurs des hypothèques), могутъ быть обозначены иногда залоговыя права, числящіяся въ реестрѣ залоговаго права, которыя на самомъ дѣлѣ не существуютъ или, потому что удовлетворенный кредиторъ подалъ уже прошеніе о погашеніи, не отмѣченномъ еще въ книгѣ [5]), или потому что обезпеченное обязательство уже уничтожено давностью [6]). Въ подобныхъ случаяхъ возможно пріобрѣтеніе цессіонаріемъ фиктивнаго залоговаго права, потому

---

1) Ст. 2114, 2180 п. 1. Ср. еще Dalloz, Répertoire. Privilèges et hypothèques, 727 и 1913. — Не говоритъ противъ акцессорности возможность перехода ипотеки отъ одного требованія къ другому, т. н. subrogation de l'hypothèque légale (ст. 9 закона о transscription 1855 г.).

2) Ст. 2146.

3) Т. н. compte personnel. См. Besson, Livres fonciers стр. 167 сл. Arnault, La réforme hypothécaire au Sénat (1897) стр. 26.

4) Ст. 2196; эти выписки считаются достовѣрными въ мыслѣ соотвѣтствія содержанію книги, см. ст. 2198.

5) Ср. ст. 2158. Baudry-Lacantinerie et de Loynes. Des privivilèges et hypothèques III, стр. 176.

6) Ср. ст. 2180 п. 4.

что оно лишено своего необходимаго основанія, т. е. личнаго требованія; а съ другой стороны нигдѣ во французскомъ правѣ не сказано, что такое залоговое право можетъ, даже въ рукахъ добросовѣстнаго пріобрѣтателя, имѣть юридическое значеніе [1]). Здѣсь именно обнаруживается строго выдержанная акцессорность системы Наполеонова Кодекса. Неудивительно потому, что французскіе догматики сравнительно мало останавливаются на юридическомъ характерѣ ипотеки, будучи увѣрены, что она у нихъ, какъ и въ Римѣ, является вещнымъ правомъ для обезпеченія обязательства. Болѣе затруднительна конструкція privilège уже потому, что этотъ институтъ обнимаетъ и движимое имущество. Privilège, внесенное на недвижимость, даетъ droit de préférence и droit de suite; на движимость же можетъ быть осуществлено только первое правомочіе. Тѣмъ не менѣе большинство юристовъ [2]) причисляютъ также privilèges на meubles къ вещнымъ правамъ на томъ основаніи, что и собственнику движимой вещи принадлежитъ вещное право на нее, хотя онъ въ цѣломъ рядѣ случаевъ лишенъ droit de suite!

Опредѣленіе характера ипотеки раздѣляетъ французскихъ юристовъ только, когда возникаетъ важный въ жизни вопросъ о причисленіи ея къ категоріи имущества движимаго или недвижимаго. Господствующее мнѣніе считаетъ ипотеку только принадлежностью личнаго требованія и от-

---

1) См. Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Rechts II § 258. О перемѣнахъ, внесенныхъ въ это ученіе установленіемъ германской достовѣрности въ прирейнской Пруссіи закономъ 12 апр. 1888 г. см. Mügel, Das rheinische Grundbuchrecht (1892) стр. 16 сл.

2) Литература у Baudry-Lacantinerie et de Loynes l. c. I стр. 253.

носитъ ее, въ качествѣ таковой, къ движимому имуществу. Однако встрѣчаются юристы [1]), расположенные подчеркнуть вещный характеръ ипотеки, какъ права на недвижимость, независимо отъ ея подчиненной роли, и эти юристы относятъ ее къ категоріи недвижимаго имущества.

Очень возможно впрочемъ, что въ недалекомъ будущемъ теоретическія разсужденія въ этой области займутъ большее мѣсто во французской юридической литературѣ, чѣмъ до сихъ поръ. Понятіе о залоговомъ правѣ должно со временемъ измѣниться: необходимость конструкціи права залогодержателя на страховую сумму, установленнаго закономъ 19 февр. 1889 г., уже вызываетъ изслѣдованія съ чисто теоретическимъ характеромъ [2]) — явленіе во Франціи рѣдкое и несомнѣнно отрадное; а кромѣ того ожидаемыя расширенія въ области сельскохозяйственнаго кредита готовятъ, по всему вѣроятію, распространеніе понятія объ ипотекѣ и на движимое имущество [3]).

Но въ общемъ до настоящей минуты трудно еще указать на большія перемѣны въ ученіи о залоговомъ правѣ во Франціи [4]). Особенно крѣпка еще необходимость акцессорности. Даже въ отдѣльныхъ институтахъ вещнаго кре-

---

1) Т. напр. Marcadé et Paul Pont, Explication du Code Napoléon (1868) X стр. 337 сл.

2) Такъ напримѣръ Cardaire, Etude historique et critique sur l'objet du droit de préférence dans l'hypothèque (1898); см. въ особенности стр. 182 сл.

3) По поводу проектовъ 1890 г. и 1892 г. см. Blaissot, De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage (1897) стр. 143. Въ настоящее время внесенъ въ парламентъ Projet de loi sur le warrantage agricole du 28 octobre 1897.

4) „Notre code hypothécaire offre cette singularité historique, que quoi qu'il soit condamné par la doctrine, la pratique et les moeurs, nul n'ose y porter la main." (Flour de St. Genis, La Réforme hypothécaire et le projet du gouvernement въ Revue politique et parlementaire (1897) T. XI № 32 стр. 299).

дита, излагаемыхъ внѣ Кодекса, мы встрѣчаемъ сохранившіяся романистическія воззрѣнія. Въ уставѣ Crédit Foncier прямо оговаривается личная отвѣтственность залогодателя остальнымъ имуществомъ, въ случаѣ недостаточности заложенной вещи [1]), хотя эта добавочная гарантія не принимается во вниманіе при оцѣнкѣ и выдачѣ ссуды.

Интересно впрочемъ отмѣтить, что, не смотря на это стремленіе [2]) отождествлять залогъ въ Crédit Foncier съ обыкновенной ипотекой, практикѣ приходится тѣмъ не менѣе сознавать, что право держателей закладныхъ листовъ или obligations, выпускаемыхъ Crédit Foncier, хотя и снабжено существенными преимуществами [3]), но тѣмъ не менѣе отличается отъ обыкновеннаго добровольнаго залоговаго права тѣмъ, что оно не направлено противъ отдѣльнаго участка, а вообще противъ всего имущества кредитнаго учрежденія [4]).

Выше было указано на то, что и во Франціи Monts de piété не расчитаны на личный кредитъ заемщиковъ, что и было признано юриспруденціей [5]). Однако, когда въ 1891 г. былъ изданъ законъ о расширеніи круга ломбардныхъ операцій этихъ учрежденій, законодатель счелъ нужнымъ упомянуть и о личной отвѣтственности ссудополучателя [6]).

---

1) Décret du 28 février 1852, art. 12. Ср. Josseau, Traité du Crédit Foncier I стр. 554.

2) Такъ между прочимъ Josseau, l. c. I стр. 345.

3) См. законъ 6 іюля 1868 г. о ссудахъ, выдаваемыхъ Crédit Foncier департаментамъ и городскимъ обществамъ, ст. 6.

4) См. рѣшенія Дижонской палаты 16 августа 1861 г. (Sirey 1861. 2. 543) и Лиможской 17 мая 1865 г. (Sirey, 1865 2. 169). Ср. еще ст. 78 въ Statuts du Crédit Foncier (у Josseau l. c.)

5) Ср. Dalloz, Répertoire général. Monts de piété, 62. 63.

6) Законъ 25 іюля 1891 г. ст. 5 и 6.

Приверженность французскаго права къ романистическимъ формулировкамъ обнаруживается еще при залогѣ въ товарныхъ складахъ. Первоначальный законъ[1]) давалъ въ случаѣ просрочки держателю залоговаго свидѣтельства право выбора между залоговымъ взысканіемъ и личнымъ требованіемъ противъ надписателя, не смотря на то, что въ торговыхъ сферахъ многіе высказывались противъ этой личной отвѣтственности. Послѣдняя въ законѣ 1858 г.[2]) отошла уже на второй планъ, въ качествѣ субсидіарной гарантіи на случай недостаточности товара; нынѣ же въ литературѣ уже раздаются голоса за ненужность вообще регресса противъ варрантодателя[3]).

Только въ морскомъ правѣ во Франціи можно привести примѣръ взысканія по займу, сосредоточеннаго на одномъ лишь заложенномъ объектѣ. Въ главѣ I было уже отмѣчено смѣшеніе Nothbodmerei съ foenus nauticum въ XVIII вѣкѣ[4]); при кодификаціи морскаго права въ 1809 г. это смѣшеніе понятій, повидимому, продолжалось, такъ что на основаніи первоначальной редакціи ст. 216 Code de commerce нельзя было опредѣлить объемъ отвѣтственности судохозяина по займамъ, заключеннымъ во время плаванія подъ обезпеченіе корабля и груза[5]). Въ 1841 г. послѣдовало допол-

1) Arrêté du 26 mars 1848, art. 11.

2) Ст. 9 закона 28 марта 1858 г. Ср. Damaschino, Traité des magasins généraux (1866) стр. 266, 135.

3) См. Bruno Dubron, Docks et Warrants (1898) стр. 158.

4) Ср. еще Lyon-Caen et Renault, Droit commercial français T. V стр. 130.

5) Ст. 216 гласила первоначально: Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition. La responsabilité cesse par l'abandon du navire et du fret. Кассаціонный судъ относилъ это только къ деликтамъ капитана, тогда

неніе этой статьи и теперь несомнѣнно[1]), что въ французскомъ правѣ существуетъ рядомъ съ contrat à la grosse[2]) въ смыслѣ foenus nauticum и рядомъ съ обыкновенной акцессорной ипотекой[3]) корабля бодмерея въ германскомъ смыслѣ, т. е. залогъ корабля, съ возможностью для хозяина избавиться отъ дальнѣйшей отвѣтственности путемъ отказа отъ судна и фрахта.

Но въ общемъ можно сказать, что предметно ограниченная отвѣтственность мало популярна во Франціи[4]). Въ этомъ удержаніи римскаго взгляда на залоговое право, какъ на гарантію, не устраняющую права на удовлетвореніе изъ остальнаго имущества, нѣкоторые французскіе публицисты усматриваютъ особенность національнаго характера[5]) и стараются по этому поводу провести контрастъ между германскими и латинскими правовыми воззрѣніями! Можно было бы выразиться въ болѣе общихъ терминахъ и замѣтить, что въ этой области непопулярны въ глазахъ французской публики вообще всякія нововведенія. Но особенно опасными считаются cédules hypothécaires въ роли залоговыхъ квитанцій, выдаваемыхъ на имя собственника. Попытка Decourdemanche въ концѣ 20-хъ годовъ реабилитировать эту форму реальнаго кредита не нашла сочувствія.

какъ коммерческіе суды распространяли ее и на договорныя отношенія. См. Courcy, Questions de droit maritime III стр. 292.

1) Законъ 14 іюня 1841 г. замѣнилъ слова: La responsabilité cesse . . слѣдующимъ положеніемъ: „Il peut dans tous les cas s'affranchir des obligations ci-dessus par l'abandon du navire et du fret."

2) Ст. 311 сл. Code de commerce.

3) Корабельная ипотека установлена зак. 10 дек. 1874 г. и 10 іюля 1885 г. О мотивахъ къ изданію этихъ законовъ см. Bédarride, Commentaire des loi sur l'hypothèque maritime.

4) См. рѣчь Bufnoir'a въ протоколахъ Commission extraparlamentaire du cadastre T. V (1894) стр. 513.

5) См. Flour de St. Genis, Le crédit territorial en France (1889).

Эта мысль излагалась въ составленномъ имъ проектѣ ипотечнаго кодекса [1]). Въ началѣ 40-хъ годовъ однако вопросъ о реформѣ залоговой системы Кодекса вышелъ изъ сферы чисто литературныхъ разсужденій, когда правительствомъ была предписана соотвѣтствующая enquête: она не оказалась благопріятной для дѣйствующаго права: всѣ запрошенные юридическіе факультеты и аппеляціонныя палаты (за исключеніемъ двухъ) высказались за возвращеніе къ абсолютной публичности закона 1798 г.[2]). Только что начавшіяся подготовительныя работы были прерваны февральской революціей 1848 г.; онѣ возобновились въ 1850 г. и обѣщали уже привести къ желаннымъ результатамъ [3]), когда наступилъ наполеоновскій режимъ, положившій конецъ этимъ стремленіямъ. Вскорѣ послѣдовавшее учрежденіе Crédit Foncier показалось достаточнымъ благодѣяніемъ для поземельнаго кредита, и дѣйствующая ипотечная система нашла къ тому времени еще защитника, вѣроятно послѣдняго, въ лицѣ оффиціальнаго юриста Второй Имперіи — Troplong [4]).

Въ 1891 г. при министерствѣ финансовъ была назначена коммиссія съ цѣлью пересмотра французскаго cadastre, давно уже не соотвѣтствующаго фактической жизни [5]). Эти работы должны были подготовлять реформу поземельной регистраціи [6]) и для начертанія главныхъ положеній буду-

1) Du danger de prêter sur hypothèque ou vues d'amélioration du régime hypothécaire (Paris 1829). Ст. 121 предлагаемаго проекта касается cédules hypothécaires.

2) Ср. Besson, Livres fonciers стр. 119; Guillouard, Traité des privilèges et hypothèques I стр. 57.

3) См. Guillouard l. c. стр. 61.

4) Съ своемъ Commentaire sur la loi de la transcription.

5) Commission extraparlementaire du cadastre, учрежденная 30 мая 1891 г., засѣдала до 1895 г.

6) La propriété doit être déterminée d'abord physiquement, puis juri-

щаго ипотечнаго законодательства была образована особая sous-commission juridique. Весьма интересны протоколы засѣданій этой подкоммиссіи: они во всякомъ случаѣ свидѣтельствуютъ скорѣе объ остроуміи и талантливости отдѣльныхъ членовъ, чѣмъ объ ихъ подготовленности. Необходимость крѣпостнаго реестра не была признана коммиссіей [1]), особенно послѣ того какъ выяснилось, что нужныя для этого топографическія работы связаны съ милліонными расходами [2]). Денежный вопросъ [3]), какъ видно, послужилъ главнымъ препятствіемъ для предполагаемыхъ въ области крѣпостной регистраціи реформъ и труды юридической, какъ и технической, подкоммиссіи не дали осязательныхъ результатовъ.

Въ настоящее время съ 1896 г. внесенъ въ Сенатъ проектъ ипотечной реформы болѣе скромныхъ размѣровъ [4]). Онъ не касается порядка регистраціи вещныхъ правъ на недвижимость, а содержитъ только уничтоженіе судебной ипотеки и строгое проведеніе принципа публичности и спеціальности [5]). Но и это простое завершеніе положеній,

---

diquement" (Rapport de Mr. R o u v i e r Ministre des Finances au Président de la République 29 мая 1891 г. въ Procés Verbaux de la Com. du cadastre I стр. 6.

1) Procés Verbaux II стр. 527 сл. Коммиссія кромѣ того высказалась за безусловную акцессорность ипотеки, см. T. V стр. 595.

2) Ободряющее дѣйствіе на коммиссію могъ бы имѣть примѣръ Эльзаса и Лотарингіи, гдѣ compte personnel французскаго реестра постепенно замѣняется германской участковою регистраціею. Законъ 24 іюля 1889 г. и 22 іюня 1891 г. Ср. введеніе у B a e d e r, Das Grundbuchgesetz für Elsass-Lothringen.

3) См. однако палліативное средство, предлагаемое H e n r i c e t въ Cadastre et Livre Foncier (Supplément à la Revue pratique de l'Enregistrement et du Notariat. 1891).

4) Проектъ выработанъ министерствомъ юстиціи и внесенъ 27 октября 1896 г.

5) См. ст. 12, 14, 17, 18, 28 проекта, разсматриваемаго у L o y n e s въ Revue critique de Législation 1897 стр. 229 сл., 360 сл.

высказанныхъ уже въ Кодексѣ, считается въ глазахъ многихъ опаснымъ нововведеніемъ; такъ, напр., съѣздъ домостроителей успѣлъ уже высказаться противъ проекта и за сохраненіе судебной ипотеки и безгласности законныхъ залоговыхъ правъ[1]).

На этомъ примѣрѣ лишній разъ подтверждаются консервативныя наклонности французскаго народа, внутренняя жизнь котораго мало поддается воздѣйствію политическихъ колебаній, касающихся только одной поверхности общественнаго строя. Но въ данномъ случаѣ часть отвѣтственности несетъ юриспруденція, которая занималась исключительно толкованіемъ одного Кодекса. На эту работу пошла вся сила юридическаго мышленія цѣлаго народа въ теченіе вѣка. Даже тѣ писатели, которые относятся скорѣе критически къ постановленіямъ Кодекса, тѣмъ не менѣе выходятъ изъ рамокъ, имъ выставленныхъ. Такой характеръ науки права не могъ не вызвать убѣжденія въ публикѣ, что Code civil закончилъ надолго, если не навсегда, правовое развитіе страны. Черезъ нѣсколько лѣтъ будетъ праздноваться столѣтній юбилей этого законодательнаго памятника, и тогда, можетъ быть, наступитъ время для дѣйствительной оцѣнки его заслугъ не только передъ наукой, но и передъ самымъ гражданскимъ правомъ современной Франціи. Бельгійскіе писатели[2]), которые обращаются съ Кодексомъ свободнѣе, чѣмъ французскіе[3]), уже отмѣтили, что неподвижность системы, основанной на памятникѣ 1804 г.,

1) См. Arnault, La Réforme hypothécaire au Sénat, стр. 49.

2) Такъ напр. Picard, L'évolution historique du droit civil français (1896) стр. 73, 80.

3) Однако и среди нихъ проявляется теперь критическое направленіе. Ср. Leroy, L'esprit le la législation napoléonienne. Nancy 1898.

неоднократно задерживала ходъ экономической жизни. Для юриста возникаетъ другой, не менѣе интересный, вопросъ: не задержала ли кодификація также юридическаго развитія во Франціи, стиснувъ правовые институты расшатаннаго и разслабленнаго общества въ слишкомъ неподвижныя рамки? Если на этотъ вопросъ получится утвердительный отвѣтъ, то достойными зависти явятся, можетъ быть, тѣ Французы, которые живутъ на островѣ Джерси подъ англійскимъ скипетромъ[1]) и пользуются до сихъ поръ Coutumes de Normandie XIII вѣка.

1) Ср. Robinet de Cléry, Les Iles Anglo-Normandes. Pays de Home Rule (1898).

ГЛАВА V.

Отличительныя черты древне-русскаго залоговаго права.

Вглядъ Мейера на залогъ.— Залогъ въ Псковской Судной Грамотѣ. — Обозрѣніе закладныхъ актовъ. — Значеніе просрочки. — Московское законодательство. — Литовское и византійское право.

Въ литературѣ, касающейся исторіи нашего залоговаго права, до сихъ поръ на первомъ мѣстѣ стоитъ извѣстная монографія Мейера[1]). Результаты, къ которымъ онъ пришелъ, сводятся приблизительно къ слѣдующему: до начала XVIII вѣка залоговая сдѣлка въ московскомъ государствѣ всегда устанавливала право собственности въ пользу залогодержателя. Эта собственность высказывалась не только въ пользованіи и владѣніи залогомъ, но и въ правѣ распоряженія заложенной вещью. Эта собственность вытекаетъ, въ глазахъ Мейера, изъ самой передачи обезпечительнаго объекта, безъ которой нѣтъ настоящаго залога. При такой формѣ реальнаго кредита непосредственная передача вещи стоитъ на первомъ планѣ и до такой степени устраняетъ значеніе долговаго право-

1) Древнее русское право залога. Казань, 1855.

отношенія между контрагентами, что недѣйствительность залога можетъ вліять на личную связь должника и кредитора. Роль залогодателя сводится такимъ образомъ къ праву выкупа заложенной вещи изъ рукъ кредитора, имѣвшаго до того временное право собственности на нее [1]).

Результаты, добытые Мейеромъ и сильно напоминающіе точку зрѣнія германистовъ до Albrecht'a, основаны главнымъ образомъ на закладныхъ, напечатанныхъ въ Актахъ юридическихъ, такъ какъ законодательные памятники до Уложенія даютъ по этому вопросу лишь скудный матеріалъ. Съ тѣхъ поръ, что вышла работа Мейера, число старыхъ закладныхъ, сдѣлавшихся доступными благодаря ихъ напечатанію въ новыхъ сборникахъ, нѣсколько увеличилось; ниже будетъ указано, въ какой мѣрѣ онѣ могутъ служить опорой для критической оцѣнки взгляда Мейера.

Прежде всего нужно отмѣтить, что Мейеръ не коснулся въ своемъ очеркѣ тѣхъ статей Псковской Судной Грамоты, въ которыхъ упоминается о залогѣ. Это впрочемъ объясняется тѣмъ, что изслѣдованіе Энгельмана, обратившее вниманіе юристовъ на этотъ незадолго передъ тѣмъ открытый памятникъ, вышло одновременно съ работой Мейера. Въ Псковской Грамотѣ одна статья [2]) ка-

1) См. главнымъ образомъ стр. 11, 13, 28, 32 сл., 41 сл.

2) По изд. Мурзакевича, стр. 15 и 16: А которыи исцы выимутъ на умершаго заклад грамоты двои или трои или пятеры на одну землю, или на воду или на одинъ дворъ, или на одну клѣть, а у тѣхъ исцовъ у кого заклад грамоты сверхъ того и записи и на того умершаго и на его заклад и у иныхъ исцовъ не будетъ записи, толко заклад грамотъ (ы?); ино имъ правда давши, да дѣлятъ по дѣломъ и по серебру, колко серебра, ино доля ему по тому числу. Ожъ ближнее племя восхощетъ закладъ выкупить . . .

сается, повидимому, залога недвижимости; толкованіе ея затруднительно уже потому, что внѣшній видъ текста допускаетъ варіантъ. Повторяющіяся трижды слова „заклад грамоты“ могутъ быть также прочитаны „закладныя грамоты“. При первомъ чтеніи „заклад грамоты“ получается впечатлѣніе [1]), что мы имѣемъ здѣсь залогъ недвижимости посредствомъ traditio cartae, т. е. посредствомъ передачи крѣпостныхъ актовъ на недвижимость, какъ въ вышеприведенныхъ сдѣлкахъ германскихъ территорій: собственникъ сохраняетъ обладаніе заложенной вещью, но онъ не можетъ отчуждать ее, такъ какъ онъ лишается документовъ, удостовѣряющихъ его право распоряженія. Но противъ этого толкованія говоритъ множественность залоговыхъ правъ, упоминаемыхъ въ данномъ мѣстѣ Псковской Грамоты. Трудно себѣ представить на самомъ дѣлѣ, что послѣ передачи документовъ, на основаніи которыхъ владѣлъ залогодатель, послѣдній могъ такимъ же путемъ установить второе, третье и четвертое залоговое право. Если же читать „закладныя грамоты“, то это мѣсто получаетъ тогда значеніе допущенія множественности закладныхъ сдѣлокъ съ однимъ и тѣмъ же участкомъ въ роли обезпечительнаго объекта, изъ чего пришлось бы тогда заключить, что по крайней мѣрѣ для Пскова, вопреки противоположному взгляду Мейера, наше древнее право знало форму обремененія недвижимости съ оставленіемъ ея въ рукахъ залогодателя. Но нельзя не признаться, что читателя Судной Грамоты приводитъ здѣсь

---

1) Ср. Владимірскій-Будановъ, Христоматія по исторіи русскаго права I стр. 169; Энгельманъ, Систематическое изложеніе гражданскихъ законовъ Псковской Судной Грамоты стр. 46; Устряловъ, Изслѣдованіе Псковской Судной Грамоты стр. 42.

въ смущеніе именно эта множественность залоговыхъ правъ на одну и туже вещь. Неужели въ Россіи XIV вѣка можно было устанавливать на одну клѣть до пяти закладныхъ? Кромѣ того странно, что залогодержатели получаютъ здѣсь соразмѣрное удовлетвореніе безъ всякаго преимущества въ пользу старшинства. Нужно кромѣ того замѣтить, что это мѣсто, какъ большинство статей Грамоты, имѣетъ чисто процессуальную цѣль: рѣшеніе, которое оно содержитъ, выставлено вѣроятно въ виду затрудненій, вызванныхъ множественностью кредиторовъ. Очень возможно, что залогодатель закладывалъ при жизни одну и ту же недвижимость цѣлому ряду лицъ, не предупреждая ихъ о предшествующихъ залогахъ, такъ что послѣ смерти оказывалось нѣсколько притязаній, которыя пришлось удовлетворить, такъ какъ всѣ кредиторы имѣли право на возвращеніе данныхъ взаймы денегъ.

Это мѣсто такимъ образомъ врядъ ли въ состояніи служить достаточнымъ аргументомъ въ пользу залога безъ передачи владѣнія въ Псковѣ. Изъ него можно скорѣе вывести, что здѣсь допускалось направленіе взысканія противъ недвижимости, такъ какъ соразмѣрное удовлетвореніе и упоминаніе о выкупѣ родичей предполагаетъ продажу даннаго участка. По всему вѣроятію нѣкоторымъ статьямъ нашего сборника древне-русскаго городскаго права и не суждено раскрыть намъ свой таинственный смыслъ. Желательно было бы, напримѣръ, выяснить значеніе слова „закладъ“ въ томъ случаѣ, гдѣ говорится о недѣйствительности займа безъ заклада, когда занятая сумма выше рубля[1]). Неужели въ торговомъ городѣ съ обширными

1) Ст. 32 (по изд. Христоматіи Владимірскаго-Буданова).

сношеніями чисто личный кредитъ подвергался такому ограниченію? Не означаетъ ли здѣсь закладъ скорѣе актъ, совершенный при соблюденіи особыхъ формальностей[1])? Несомнѣнно во всякомъ случаѣ, что въ Псковской Грамотѣ закладъ не всегда обозначаетъ право залогодержателя на данное ему обезпеченіе; мы встрѣчаемъ это слово въ смыслѣ требованія должника на возвращеніи ему обезпеченія по уплатѣ долга[2]).

Изъ статей Псковской Грамоты, посвященныхъ закладу движимости и распредѣляющихъ процессуальныя обязанности въ случаѣ прекаканій между сторонами[3]), особенный интересъ заслуживаетъ ст. 31[4]). Изъ нея можно вывести, что отдача, по крайней мѣрѣ движимой, вещи въ залогъ избавляла должника отъ дальнѣйшей отвѣтственности, даже если впослѣдствіи обнаруживалось, что стоимость заложенной вещи не достигала занятой суммы. Кредитору, конечно, интересно было знать, намѣренъ ли залогодатель выкупить свою вещь, и этимъ объясняется вызовъ въ судъ, о которомъ упоминается въ данной статьѣ. Тамъ же приведены слова, которыя произносились въ судѣ должникомъ, когда онъ предпочиталъ отказаться отъ вещи. Для этого нужно было формальное отреченіе отъ собствен-

1) Ср. ст. 62.

2) Только такимъ образомъ объяснимо слово „закладъ“ въ статьѣ 14, которая очевидно нормируетъ возвращеніе вещи, отданной на храненіе, послѣ смерти хранителя.

3) См. ст. 28, 29, 31, 107.

4) Хто на комъ иметъ сочить ссуднаго серебра, по доскамъ, а сверхъ того и закладъ положитъ на него платной, или доспѣхъ, или конь, или іное что назрячее и животное, а тотъ закладъ того серебра не судитъ, чего ищетъ, отопрется своего закладу, а молвитъ такъ: оу тебѣ есми того не закладалъ, а оу тебѣ есми не взималъ ничегожъ; іно кто ищетъ тому человѣку тѣмъ закладомъ владѣти, а тотъ правъ на комъ сочатъ.

ности и еще вдобавокъ отрицаніе долга: истецъ тѣмъ самымъ пріобрѣталъ безповоротное право на вещь, а съ другой стороны возможность взыскивать долгъ съ отвѣчика устранялась окончательно. Въ этомъ судебномъ, чисто формальномъ, актѣ въ сущности высказался взглядъ на залогъ, какъ на достаточный эквивалентъ за занятыя деньги, и этотъ принципъ сохранился, какъ извѣстно, до настоящаго времени въ Сводѣ Законовъ.

Если мы теперь перейдемъ къ разсмотрѣнію юридическихъ актовъ московскаго государства, то мы найдемъ въ большинствѣ изъ нихъ подтвержденіе взгляда Мейера на залогъ, какъ на сдѣлку, въ силу которой вещь служащая обезпеченіемъ, переходитъ непремѣнно въ руки кредитора. Въ этихъ актахъ встрѣчаются выраженія „за ростъ владѣти“[1]) и „въ дворѣ жити“[2]), „за ростъ пахати“[3]), „за ростъ косити“[4]), „сѣно возить“[5]), „бить и седѣти“[6]). Они наглядно показываютъ, что въ этихъ случаяхъ, въ силу залоговой сдѣлки, вещь переходила къ кредитору и что плоды, ею приносимыя, замѣняли проценты съ занятой суммы[7]). Въ тѣхъ же актахъ, гдѣ упоминается о пользо-

---

1) Акты юридическіе № 241 (1559 г.).

2) Акты Холмогорской Епархіи (Русская Истор. Библіотека XIV) № 109 (1612 г.).

3) Акты юрид. № 240 (1550 г.), 242 (1561 г.); Тверскія закладныя (у Шумакова, Тверскіе акты I) № 69 (1576 г.) и 70 (1632 г.). См. еще Чердынскіе акты (Временникъ Московскаго Ист. Общества XXV) № 19 (1616 г.).

4) Акты юрид. № 233 (1483 г.), 236 (1529 г.); Акты до юридическаго быта относящіеся Т. II № 126 III (XV вѣка).

5) Залогъ рыбной ловли въ Актахъ юрид. быта l. c. IX (1668 г.).

6) Акты Холмогорской Епархіи (l. c. T. XII) № 111 (1674 г.).

7) Впрочемъ упоминаніе о пользованіи вещью, какъ объ эквивалентѣ процентовъ, не является conditio sine qua non для непосредственнаго перехода владѣнія; см. Акты юрид. № 254 (1628 г.) и Акты юрид. быта l. c. VII (1648 г.), гдѣ залогъ находится въ рукахъ кредитора до наступленія

владѣніи, предвидится конечный пунктъ даннаго правоотношенія, а именно: пропущеніе должникомъ установленнаго срока для уплаты долга. Съ этой просрочкой было связано окончательное укрѣпленіе участка за кредиторомъ; впредь должникъ уже не допускался къ внесенію занятой суммы и онъ лишался тогда безвозвратно заложеннаго имъ объекта. Закладная превращается въ купчую, говорятъ акты, „и мнѣ до того заклада дѣла нѣтъ“ [1]) пишетъ должникъ на этотъ случай въ закладной, выражая тѣмъ самымъ, что онъ послѣ просрочки отказывается отъ всякаго притязанія на вещь.

Все это даетъ намъ картину, нѣсколько напоминающую т. н. ältere Satzung германскаго права или французскій engagement. Но этимъ описаніемъ подобнаго вида залоговаго обремененія Мейеръ не ограничивается; онъ далѣе выставляетъ принципъ, что до указа 1737 г. русское право другой формы залога не знало или, другими словами, что до половины XVIII вѣка всякая залоговая сдѣлка влекла за собой непосредственный переходъ вещи въ руки кредитора, и что кромѣ того этотъ переходъ давалъ кредитору немедленно право собственности, такъ какъ до самаго конца XVII столѣтія наше правосознаніе не могло себѣ представить фактическое обладаніе отдѣльно отъ права собственности.

Противъ этого утвержденія было уже указано на слова, встрѣчающіяся почти во всѣхъ закладныхъ: дол-

---

срока уплаты. — Къ закладнымъ не можетъ быть отнесена сдѣлка IX (1668 г.) въ Актахъ юрид. быта, такъ какъ она содержитъ безповоротное отчужденіе.

1) См. напр. Акты юридическіе № 248 (1576 г.).

жникъ, отдавая свою вещь залогодержателю, обѣщаетъ своему контрагенту, что данный объектъ никому не заложенъ, и онъ кромѣ того обязывается вознаградить кредитора, если тѣмъ не менѣе отдаваемая въ залогъ вещь окажется впослѣдствіи уже заложенной другому лицу. Изъ этихъ словъ [1]) можно было бы, конечно, вывести, что московское право знало также залогъ безъ передачи владѣнія, разъ заложенная вещь могла оставаться въ рукахъ должника и служить объектомъ перезалога. Но сторонники взгляда Мейера имѣли бы право возразить на это, что въ тѣхъ же актахъ упоминается объ очисткѣ не только отъ закладныхъ, но и отъ купчихъ на закладываемую вещь; а такъ какъ купля-продажа всегда связана съ передачей владѣнія, то нельзя вывести что упоминаемыя въ актахъ закладныя, которыя могли бы существовать на то же имущество, не имѣли цѣлью непосредственной передачи вотчины кредитору. Можно думать, что это заявленіе со стороны залогодателя, что вещь никому не заложена, вносилось въ закладную для успокоенія залогодержателя, которому, въ виду негласности залоговыхъ сдѣлокъ, трудно было убѣдиться, что данная недвижимость не находилась уже въ обладаніи третьяго лица или не была обѣщана уже другому кредитору.

Болѣе сильнымъ аргументомъ противъ обязательности непосредственной передачи вещи при залогѣ могли бы далѣе служить тѣ акты, гдѣ говорится о закладѣ и залогѣ имуществъ безъ упоминанія объ изъятіи вещи изъ рукъ

---

1) Ср. Владимірскій-Будановъ, Христоматія III (1885 г.) стр. 17 прим. 58.

должника. Нѣкоторыя изъ такихъ грамотъ были уже извѣстны Мейеру, которому пришлось обратить на нихъ вниманіе для проведенія своего взгляда[1]). Онъ прямо отрицаетъ значеніе этихъ документовъ[2]) для исторіи древняго залога, такъ, по его мнѣнію, одни указанія со стороны должника на обезпеченіе — даже когда при этомъ употребляются слова „закладъ", „заложилъ" — не могутъ считаться установленіемъ залоговаго права, если только вещь остается въ рукахъ залогодателя, а должны быть разсмотрѣны какъ простое обѣщаніе имущественной отвѣтственности. Эти грамоты играли бы такимъ образомъ роль вышеупомянутыхъ древне-французскихъ договоровъ, устанавливающихъ „obligation", въ смыслѣ допущенія обращенія взысканія противъ недвижимости должника.

Трудно, конечно, обосновать это толкованіе Мейера, вызванное, очевидно, желаніемъ устранить аргументъ противъ его теоріи о переходѣ права собственности на обезпечительный объектъ. Но можно во всякомъ случаѣ разсуждать слѣдующимъ образомъ: эти акты не должны быть причислены къ настоящимъ закладнымъ не потому, какъ полагаетъ Мейеръ, что они оставляютъ вещь въ рукахъ должника, а потому, что они не содержатъ никакого опредѣленія о судьбѣ „заложеннаго" объекта по наступленіи срока уплаты. Въ нихъ, какъ вообще во всѣхъ заемныхъ кабалахъ, не обезпеченныхъ залогомъ, упоминается

1) Стр. 28 сл.

2) См. Акты юрид. № 243 (1562 г. и 1563 г.); Собраніе государственныхъ грамотъ II № 53 (1585 г.). Сюда также нужно отнести, по всему вѣроятію, кабалу XVII вѣка, напечатанную въ Временникѣ Москов. Ист. Общества IV (1849 г.) стр. 15.

о томъ, что въ случаѣ неисполненія обязательства кредиторъ будетъ имѣть правежъ[1]), то есть право принимать мѣры личнаго взысканія; но въ нихъ не сказано, что онъ по просрочкѣ долга получаетъ обладаніе вещью или по крайней мѣрѣ возможность удовлетворяться изъ ея стоимости; не видно однимъ словомъ, чтобы положеніе этого кредитора отличалось отъ правомочій обыкновеннаго заимодавца; а на самомъ дѣлѣ трудно себѣ представить, чтобы залогодержатель при установленіи залога (въ общепринятомъ смыслѣ) отказался отъ такихъ существенныхъ правомочій. Вотъ почему эти акты, съ которыми встрѣтился уже Мейеръ и число которыхъ увеличивается вслѣдствіе появленія новыхъ сборниковъ актовъ[2]), должны при разсматрѣніи даннаго вопроса играть, такъ сказать, нейтральную роль. Въ виду сомнительности ихъ залоговаго характера они не могутъ быть приведены ни противъ обязательности перехода залога въ руки кредитора, ни въ пользу этой передачи[3]).

Въ самыхъ Актахъ юридическихъ, которыми пользовался Мейеръ, встрѣчается одна закладная[4]) второй половины

---

1) „А не отымать отъ правежу“ — „гдѣ ся кабала насъ застанетъ тутъ свои деньги править“ — „гдѣ насъ ся кабала ни застанетъ тутъ по ней судъ и правежъ“ (акты приведенные въ примѣчаніяхъ стр. 286); и въ другихъ закладныхъ упоминается о правежѣ, но примѣнительно къ личному иску залогодержателя въ случаѣ эвикціи заложенной вещи. Ср. напр. Акты юрид. быта I. с. VIII (1663 г.).

2) Ср. Тверскіе акты I № 68 (1566 г.). — Сюда также должны быть отнесены закладныя въ Актахъ юрид. быта II 126 V (1517—18 г.).

3) Неволинъ, Исторія гражданскихъ законовъ III стр. 151, по поводу этихъ актовъ пишетъ: „иногда условливались, что несмотря на неуплату денегъ въ срокъ, имущество должно оставаться собственностью закладчика, только онъ долженъ платить условленный ростъ.“ Онъ тѣмъ самымъ признаетъ здѣсь отсутствіе залоговаго права.

4) № 244 (1563 г.).

XVI столѣтія, которая не могла ускользнуть отъ него[1]). Тамъ отдается участокъ въ залогъ, но условіе „за ростъ пахать“ выговаривается только на случай просрочки; до этого момента проценты опредѣляются деньгами, такъ что залогодатель, если пожелаетъ освободиться отъ долга, обязанъ внести кромѣ капитала еще ростъ — на пять шестой. Изъ этого, какъ будто, явствуетъ[2]), что воздѣйствіе кредитора на вещь поставлено въ зависимость отъ неуплаты долга; до наступленія этого момента вещь остается въ рукахъ должника, но съ обремененіемъ въ пользу заимодавца. Впрочемъ въ нашихъ сборникахъ актовъ довольно много такихъ закладныхъ, гдѣ участь залога до наступленія срока возвращенія занятыхъ денегъ не совсѣмъ для насъ ясна[3]). Всѣ онѣ признаютъ право кредитора на вещь по просрочкѣ долга; но относительно предварительнаго періода, когда еще неизвѣстно, будетъ ли уплаченъ долгъ, нѣтъ указаній. Очень возможно, что вопросъ о предоставленіи пользованія залогомъ рѣшался въ такихъ случаяхъ путемъ устныхъ соглашеній, до насъ не дошедшихъ.

Нельзя тѣмъ не менѣе сомнѣваться въ томъ, что былъ извѣстенъ залогъ и безъ передачи владѣнія. Описаніе закладываемой вотчинны, которое встрѣчается во всѣхъ закладныхъ, имѣетъ цѣлью установить мѣсто нахожденія

1) Стр. 42.

2) Но условіе о ростѣ деньгами не всегда означаетъ, что залогодержатель не получаетъ пользованія вещью. См. напр. Акты юрид. № 242, гдѣ не смотря на пользованіе кредитора оговаривается кромѣ того денежный процентъ.

3) Такъ напр. Акты юрид. №№ 234 (1499), 249 (1579), 254 (1628). Акты юрид. быта 1. с. VI (1518), XVI (1691), XIV (1682), XVIII (1698).

и стоимость даннаго объекта и, конечно, не предрѣшаетъ вопроса о пользованіи. Послѣднее могло принадлежать и залогодателю: въ Актахъ до юридическаго быта относящихся встрѣчается залогъ двора[1]), при чемъ оговаривается, что когда кредиторъ будетъ пріѣзжать въ Новгородъ, онъ будетъ имѣть право останавливаться въ усадьбѣ должника, который въ свою очередь обязывается содержать этотъ дворъ въ состояніи, соотвѣтствующемъ его назначенію. На случай же неуплаты долга, дворъ становится достояніемъ кредитора[2]). Здѣсь такимъ образомъ наблюдается установленіе залоговаго права, съ оставленіемъ владѣнія у залогодателя.

Но кромѣ того безспорное доказательство въ пользу допущенія такого владѣнія представляютъ два акта Холмогорской и Устюжской Епархіи[3]), послѣ обнародованія которыхъ врядъ ли можно теперь выставлять залоговое пользованіе кредитора, какъ единственную форму поземельнаго кредита въ Московскомъ Государствѣ. Одинъ изъ этихъ актовъ составленъ за долго еще до Уложенія, и притомъ въ одной изъ отдаленнѣйшихъ территорій, такъ что врядъ ли можно усмотрѣть здѣсь вліяніе литовскаго права. № 15 (1635 г.) гласитъ: . . . „а въ тѣхъ есми денгахъ заложилъ дворъ свой . . . да полозку землицы . .; а до сроку владѣти и жити заимщику, и съ подворною землею. А не поставлю заимщикъ денегъ на срокъ, и тѣмъ закладомъ владѣть впередъ ему . . . . .

1) X (1669 г.).

2) „И будетъ мы заимщики . . . сполна не заплатимъ . . . ся закладная кабала и купчая . . .“

3) Русская Историческая Библіотека Т. XII.

Якову (заимодавцу) . . .“ То же самое № 22 (1671 г.) . . . „до сроку тою землею владѣти мнѣ заимщыку. А не поставлю заимщыкъ на срокъ денегъ, и послѣ сроку тою землей владѣть по сей закладной ему старостѣ . . .“ Эти два примѣра достаточно ясно говорятъ въ пользу залога безъ передачи владѣнія, въ пользу формы вещнаго обезпеченія, соотвѣтствующей neuerer Satung германскаго права. Изъ того факта, что среди отпечатанныхъ въ сборникахъ актахъ преобладаютъ [1]) закладныя съ передачей владѣнія, явленія, можетъ быть, чисто случайнаго, нельзя во всякомъ случаѣ сдѣлать абсолютно вѣрный выводъ.

Очень возможно, что среди актовъ, еще не опубликованныхъ, найдутся и впредь другія закладныя, устанавливающія залоговое право съ оставленіемъ вещи въ рукахъ закладчика. Въ собраніи историко-юридическихъ актовъ Бѣляева, описанныхъ [2]), но еще не напечатанныхъ, мы находимъ напр. закладную 1581 г.[3]), въ которой упоминается, что по наступленіи срока платежа залогодатель „угодья своего лишенъ“ — „а мнѣ Ѳедору (заимодавцу) тѣмъ угодьемъ владѣть.“ Не означаютъ ли это, что до наступленія срока вещь оставалась въ рукахъ должника?

Во всякомъ случаѣ можно не ошибаясь сказать, что въ Московскомъ Государствѣ передача вещи не считалась conditio sine qua non для залоговаго обремененія и если по

1) См. еще кромѣ уже приведенныхъ Акты юрид. быта II 126 XVII (1691 г.); дополненіе къ Акт. ист. I 66 (1555 г.); Акты Ѳедотова-Чеховскаго II 121 (1656 г.), 128 (1662 г.).

2) Собраніе историко-юридическихъ актовъ И. Д. Бѣляева, изд. къ 50-лѣтнему юбилею Румянцевскаго Музея Д. Лебедевымъ. Москва, 1881.

3) У Лебедева подъ № 165. Намъ удалось воспользоваться текстомъ этой закладной, какъ и нижеприведенныхъ, благодаря любезному содѣйствію Г. П. Георгіевскаго.

мнѣнію Мейера[1]) до начала XVIII столѣтія наше правосознаніе еще не различало владѣнія отъ собственности и приравнивало къ понятію о правѣ всякое фактическое обладаніе, то придется признать, что, когда залогъ оставался въ рукахъ должника, собственность принадлежала послѣднему, а не кредитору.

Въ литературѣ[2]) было указано на то, что въ Уложеніи[3]) залогодержатель въ своихъ обязанностяхъ къ находившейся у него въ закладѣ вещи отождествляется съ хранителемъ поклажи, изъ чего можно, конечно, вывести, что залоговое обладаніе не смѣшивалось съ правомъ собственности. Эта статья Уложенія царя Алексѣя Михайловича взята изъ Литовскаго Статута[4]), но она, повидимому, соотвѣтствовала воззрѣніямъ московскаго права.

Впрочемъ Мейеръ основываетъ свою конструкцію о древнемъ залогѣ, какъ о непосредственномъ переходѣ права собственности къ кредитору, не только на его, будто бы, обязательномъ пользовладѣніи, но и на правѣ распоряженія, принадлежащемъ ему еще до просрочки. Онъ на-

---

1) См. стр. 6 сл. 41.

2) См. Владимірскій-Будановъ, Христоматія III стр. 18 прим.

3) Гл. X 194. А будетъ кто кому что заложитъ въ долгу, или на сбереженье дано, учинится гибель отъ пожару, или тати покрадутъ, да и его животы съ тѣмъ поклажемъ въ тѣ поры пропадетъ, являти окольнымъ людемъ, и въ приказахъ о томъ подавати письменные явки, что у него тому поклажею гибель учинилась не его хитростью. А будетъ чье то поклаже учнетъ на него бити челомъ, что то его поклаже у того, у кого онъ положилъ, было вмѣстѣ съ его животы, а пропало одно его поклаже, а того животы цѣлы, а имъ въ томъ дати судъ . . .

4) А не изъ византійскаго права, какъ полагаетъ Тиктинъ (Византійское право какъ источникъ уложенія 1648 г. Одесса, 1898 стр. 152). Ecloga X. 1 и Prochiron XVI 5 содержатъ только аналогичный принципъ, тогда какъ въ Литовскомъ Статутѣ 1588 г. можно найти почти буквальный текстъ статьи Уложенія, именно въ раздѣлѣ VII арт. 30.

шелъ въ разсмотрѣнныхъ имъ актахъ упоминаніе объ отчужденіяхъ заложенной вещи со стороны кредитора и вывелъ изъ этого заключеніе, что съ пользовладѣніемъ залогодержателя было связано для него и право распоряженія [1]). Даже если предположить [2]), что эти мѣста относятся къ распоряженіямъ, послѣдовавшимъ до наступленія того момента, когда онъ въ силу просрочки становится окончательнымъ хозяиномъ вещи, то это еще не предрѣшаетъ вопроса о правѣ собственности. Мы выше встрѣчались съ такими распоряженіями при старой Satzung и мы видѣли, что подобныя отчужденія не могутъ подорвать право должника на возвращеніе вещи по уплатѣ денегъ.

При этомъ нужно замѣтить, что не особенно удобно примѣнять римскія понятія къ институтамъ московскаго періода, по отношенію къ которымъ врядъ ли удастся провести безусловную грань между собственностью и jura in re aliena. Кто знакомъ съ древне-германскимъ правомъ знаетъ, какъ трудно опредѣлить иногда, кому принадлежитъ право собственности на извѣстную недвижимость; термины dominium directum и dominium utile отражаютъ это дробленіе правомочій.

Если считать собственностью самое неограниченное воздѣйствіе человѣка на вещь въ извѣстную эпоху и въ извѣстной области, то у насъ въ Московскомъ Государствѣ найдутся, конечно, правомочія, соотвѣтствующія этому растяжимому опредѣленію. Право церковныхъ учрежденій на вотчины близко подойдутъ къ понятію о dominium; просторъ

1) См. Акты юрид. №№ 422, 241, 106.

2) Что впрочемъ весьма сомнительно. Ср. Владимірскій-Будановъ Христоматія III стр. 17 прим. 58.

воли частнаго лица по отношенію къ купленнымъ участкамъ также можетъ быть названъ собственностью. Но за то при обладаніи родовыми недвижимостями замѣчаются ограниченія, происходящія по всѣму вѣроятію отъ того періода времени, гдѣ право на такое имущество принадлежало множественности лицъ, т. е. роду. Ограниченія въ правомочіяхъ собственника родоваго имущества обнаруживаются наглядно только тогда, когда онъ желаетъ воздѣйствовать опредѣленнымъ образомъ на данную вещь, именно когда онъ приступаетъ къ безвозмезднымъ отчужденіямъ. Наоборотъ, при залоговомъ обладаніи до просрочки стѣсненіе правомочій кредитора высказывается помимо всякаго дѣйствія съ его стороны. Прекращеніе его права на вещь можетъ послѣдовать въ любой моментъ, если до просрочки должникъ внесетъ деньги. Такимъ образомъ даже если называть то, что получаетъ вмѣстѣ съ владѣніемъ залогодержатель, собственностью, все-таки въ этомъ правомочіи нужно будетъ отличить два періода: обладаніе вещью до просрочки, когда оно подвергается риску прекращенія, и обладаніе по наступленіи срока, послѣ котораго отношеніе кредитора къ вещи получаетъ окончательный характеръ[1]). Эта перемѣна въ объемѣ правомочій залогодержателя мало согласуется съ немедленнымъ пріобрѣтеніемъ права собственности, которое отстаиваетъ Мейеръ. Отмѣтить ее можно во всѣхъ сдѣлкахъ, устанавливающихъ дѣйствительное залоговое право. По этому поводу въ сдѣлкахъ почти всегда говорится, что закладная тогда превратится въ купчую; это выраженіе имѣетъ лишь картинное значеніе и ея помѣ-

1) „Та земля святому Николи и въ вѣки . . .“ (Акты юрид. № 234 1499 г.).

щеніе въ закладномъ актѣ необязательно для осуществленія правъ залогодержателя [1]). Выраженіемъ „закладная ему купчая“ обозначается только наступленіе второго періода въ обладаніи кредитора, который вмѣсто временнаго и подлежащаго прекращенію владѣнія получаетъ всѣ выгоды окончательнаго отчужденія; закладная въ его рукахъ съ этого момента играетъ роль купчей крѣпости, т. е. доказательства безповоротнаго пріобрѣтенія вещи. Для обоснованія своего права по отношенію къ третьимъ лицамъ залоговому пріобрѣтателю нужно иногда доказывать, что залогодатель имѣлъ право распоряжаться вещью, въ виду чего мы въ нѣкоторыхъ актахъ можемъ отмѣтить обѣщаніе должника выдать послѣ просрочки кредитору тѣ грамоты, на основаніи которыхъ онъ (залогодатель) владѣлъ прежде участкомъ [2]).

Этотъ моментъ просрочки отодвинутъ Мейеромъ на второй планъ, такъ какъ при его построеніи о непосредственномъ переходѣ права собственности вмѣстѣ съ владѣніемъ въ моментъ установленія залоговаго права главное значеніе имѣетъ именно пріобрѣтеніе этого обладанія. Однако насъ невольно поражаетъ, что, какъ только правильность вотчинныхъ отношеній начинаетъ входить въ кругъ заботъ московскаго правительства, какъ только устанавливается регистрація недвижимостей, законодательство, отчасти изъ фискальныхъ соображеній, обращаетъ вниманіе на моментъ просрочки. Уложеніе кромѣ явки за-

1) Ср. Труды коммиссіи для устройства земскихъ банковъ III, стр. 39, гдѣ наоборотъ этимъ словамъ придается рѣшающее значеніе.

2) Такъ напр. въ собраніи Бѣляева закладная 1640 г.

кладной по совершеніи[1]) требуетъ еще записи просроченнаго участка въ Помѣстный Приказъ[2]); вторая запись имѣетъ цѣлью укрѣпить безповоротно недвижимость за залогодержателемъ. Для этого, конечно, должно быть безспорно, что залогодатель имѣлъ право распоряжаться данной вещью, и если будетъ предъявлено притязаніе другого лица, Приказъ не можетъ справить участокъ за залогодержателемъ[3]). Нѣтъ при этомъ основанія предполагать вмѣстѣ съ Мейеромъ[4]), что указъ 21 іюня 1670 г.[5]) отмѣнилъ обязательность вторичной записи закладной послѣ просрочки: мы имѣемъ сдѣлку 1672 г., свидѣтельствующую о такой явкѣ въ Помѣстный Приказъ по наступленіи срока и неуплатѣ со стороны залогодателя[6]).

Разсматривая выше германское право, мы видѣли, что тамъ нелегко иногда различать чистую залоговую сдѣлку и куплю-продажу съ правомъ выкупа, подъ которой скрывается заемъ[7]). Не смотря на то, что въ нашихъ закладныхъ залогодатель неоднократно употребляетъ слова „а не выкуплю я“, то тѣмъ не менѣе нельзя сказать, что эти сдѣлки являются съ внѣшней стороны куплями и что въ нихъ заемное обязательство скрыто[8]). Наоборотъ, всѣ эти сдѣлки

---

1) См. уже указъ Іоанна IV 1558 г. въ Актахъ историческихъ I стр. 262.

2) Уложеніе гл. XVII § 33.

3) См. Акты до юрид. быта относящіеся I № 92 (1690 г.).

4) Стр. 43.

5) П. С. З. 475.

6) Въ собраніи Бѣляева актъ 21 мая 1672 г. — Ср. еще Акты юрид. быта II 1. с. XVIII (1698 г.).

7) У насъ см. попытку Мейчика въ Описаніи Московскаго Архива Министерства Юстиціи IV стр. 77.

8) И на современномъ языкѣ полученіе заложенныхъ вещей по уплатѣ долга называется выкупомъ, хотя никто не считаетъ ихъ отдачу кредитору продажей.

начинаются словами „занялъ я“, а въ самомъ текстѣ договоровъ неоднократно упоминается о занятыхъ деньгахъ, объ обязанности возвратить эти деньги къ опредѣленному сроку [1]). Эти выраженія не употреблялись бы, если сдѣлка имѣла внѣшній видъ купли-продажи съ pactum de retrovendendo. Но если наличность долговаго момента въ этихъ актахъ является несомнѣнной, то его, конечно, нельзя разсматривать съ точки зрѣнія ученія о главномъ обязательствѣ, обезпеченномъ придаточнымъ залогомъ въ римскомъ смыслѣ. Въ нашихъ заемныхъ кабалахъ залогодатель является обязаннымъ субъектомъ, но его долгъ носитъ тотъ особенный характеръ, что эквивалентъ занятой суммы уже предоставленъ кредитору въ видѣ залога. Если должникъ заявляетъ о своемъ желаніи возвратить деньги, то онъ уплачиваетъ тогда соотвѣтствующую сумму, иногда съ процентами [2]), но кредиторъ не имѣетъ возможности воздѣйствовать на личность должника [3]). Личный искъ дается кредитору только тогда, когда заложенная вещь изъемлется изъ подъ его власти третьимъ лицомъ, потому что отдача въ залогъ оказывается впослѣдствіи неправомѣрной [4]). Въ такомъ случаѣ залогодержатель вы-

1) Ср. Акты юрид. быта II 1. с. XI, XII, XVI, XVII.

2) Въ этомъ смыслѣ надо понимать выраженіе „и кой заимщиковъ въ лицѣхъ на томъ деньги“ въ Актахъ юрид. №№ 238, 244.

3) Противъ этого не говоритъ указъ 20 августа 1635 г. (Акты Археографической Экспедиціи III № 255), гдѣ въ связи съ отдачей въ закладъ упомипается объ искѣ, такъ какъ тамъ очевидно идетъ рѣчь объ искѣ залогодателя по уплатѣ долга.

4) См. большинство закладныхъ. — Мейеръ (стр. 13) для того, чтобы доказать, что недѣйствительность залога влекла за собой недѣйствительность обязательства, приводитъ Уложеніе XIX 39; но здѣсь очевидно играетъ роль государственное соображеніе и долгъ признается недѣйствительнымъ съ цѣлью устрашить залогодержателей.

ступаетъ въ качествѣ истца и требуетъ [1]) возвращенія отданныхъ денегъ съ приложеніемъ возможныхъ убытковъ; условія, установленныя въ моментъ составленія закладной, измѣнились по винѣ залогодателя и вслѣдствіе дѣятельности послѣдняго предоставленный эквивалентъ устраненъ такъ что должникъ здѣсь принуждается къ возвращенію занятыхъ денегъ [2]). Но если заложенная вещь пропала случайно безъ вины залогодателя, то нѣтъ перемѣны въ характерѣ договорной связи контрагентовъ: эквивалентъ, находящійся въ рукахъ кредитора, считался достаточнымъ удовлетвореніемъ и такое случайное уничтоженіе не расширяетъ правъ кредитора по отношенію къ должнику, не нарушившему своей обязанности [3]).

Если мы теперь на основаніи разсмотрѣнныхъ актовъ опредѣлимъ древне-русскій залогъ до указа 1737 г., то нужно будетъ искать его отличительную черту не въ отчуждательномъ характерѣ залоговой сдѣлки, какъ это дѣлаетъ Мейеръ, ибо всякій залогъ содержитъ отчужденіе, и не въ передачѣ владѣнія заложеннымъ объектомъ кредитору, такъ какъ встрѣчаются несомнѣнныя указанія на оставленіе вещи въ рукахъ должника до наступленія срока уплаты долга. Отличительной чертой всѣхъ дошедшихъ до насъ закладныхъ является просрочка залога въ смыслѣ окончательнаго и безповоротнаго пріобрѣ-

---

1) И это обязательство со стороны залогодателя можетъ быть обезпечено поручителями. См. Акты юрид. № 249 (1579 г.).

2) См. Уложеніе X 244; XVII 13.

3) Принципъ этотъ выставленъ лишь въ половинномъ размѣрѣ въ Уложеніи X. 197 по отношенію къ заложенному скоту. О рецепціи Уложеніемъ передѣланнаго положенія Саксонскаго Зерцала см. выше стр. 67.

тенія права на вещь залогодержателемъ въ случаѣ неуплаты со стороны залогодателя. Это пріобрѣтеніе является ultima ratio залоговаго обремененія; оно считается удовлетвореніемъ кредитора, который получаетъ такимъ образомъ всю заложенную вещь, а не только ту часть ея стоимости, которая соотвѣтствуетъ размѣру долга. Выражаясь на нѣмецкомъ юридическомъ языкѣ, мы имѣемъ здѣсь Verfallpfand, а не Distractionspfand. Но за то заложенная вещь считается безусловнымъ эквивалентомъ за полученныя деньги и другого взысканія залогодержатель не имѣетъ. Залоговая сдѣлка заключается именно съ цѣлью устранить личность должника отъ всякой отвѣтственности, и это соображеніе прямо высказывается въ нѣкоторыхъ закладныхъ: „а мнѣ Титу по сей кабалѣ послѣ срока на Ивана денегъ не правити“[1]).

Если мы теперь обратимся къ законодательнымъ памятникамъ, то мы въ нихъ найдемъ подтвержденіе характеристики залоговыхъ сдѣлокъ. Заложенная вешь являлась, какъ мы только что видѣли, единственнымъ предметомъ удовлетворенія для кредитора: вещная гарантія считается полнымъ эквивалентомъ занятымъ деньгамъ и этимъ объясняется ст. 85 Судебника Іоанна IV. Она именно предполагаетъ[2]), что кредиторъ при такомъ порядкѣ вещей не долженъ давать взаймы больше, чѣмъ заложенная вотчина стоитъ, такъ что, въ случаѣ выкупа родичей, выкупная

---

1) Акты Ѳедотова-Чеховскаго I № 75 (1535 г.).

2) А возметъ кто сторонней человѣкъ, а не вотчичъ вотчину въ закладъ больши тоѣ цѣны чею та вотчина стоитъ, и кто вотчичъ учнетъ бити челомъ, что закладываетъ, или уже заложилъ въ чужой родъ; и тому вотчичу та вотчина въ закладъ взяти, въ мѣру чего та вотчина стоитъ.

сумма будетъ опредѣляться настоящей стоимостью вотчины, а не размѣромъ занятыхъ денегъ[1]).

Въ высшей степени интересенъ указъ 11 янв. 1557 г.[2]), изданный въ связи съ другими узаконеніями, имѣвшими цѣлью облегчить, по крайней мѣрѣ временное, бѣдственное положеніе должниковъ въ Московскомъ Государствѣ путемъ регулированія роста и разсрочекъ платежей. Этотъ указъ нормируетъ особенно заемные долги, обезпеченные недвижимостью съ передачей послѣдней въ руки кредиторовъ, и для ускоренія погашеній постановляетъ, что эти недвижимости должны возвращаться залогодателямъ, которые въ теченіе пяти лѣтъ обязаны будутъ внести капиталъ и вдобавокъ установленный указомъ процентъ. Но это возвращеніе вещи должнику не умаляетъ интенсивности обезпечительной гарантіи: законъ постановляетъ, что если въ теченіе пяти лѣтъ долгъ не будетъ уплаченъ, вотчина возвращается кредитору; если же должникъ успѣетъ въ промежуткѣ, вопреки запрещенію закона, продать недвижимость третьему лицу, она отнимается у послѣдняго и отдается залогодержателю; пріобрѣтатель же можетъ обратиться съ личнымъ искомъ къ продавцу.

Этотъ указъ такимъ образомъ рисуетъ намъ наглядную картину залога съ оставленіемъ владѣнія у должника; очень возможно, что въ эту эпоху такая форма являлась новшествомъ и что законодательство тогда уже, какъ и впослѣдствіи, указывало путь развитія нашему реальному кредиту.

---

1) „А что тотъ денегъ въ займы далъ лишекъ больши тоѣ цѣны, чею та вотчино стоитъ, и у того тѣ деньги пропали.“ Залогодержатель не имѣетъ добавочнаго иска противъ залогодателя.

2) См. Акты историческіе I № 154 IX.

Во всякомъ случаѣ эта обязательность оставленія владѣнія у должника носила лишь временный характеръ, и законъ позволялъ по истеченіи этихъ пяти лѣтъ совершеніе новыхъ закладныхъ съ непосредственнымъ переходомъ вещи къ кредитору.

Въ статьяхъ Уложенія Царя Алексѣя Михайловича, упоминающихъ о залогѣ, встрѣчаются постановленія, явно указывающія на непосредственную передачу вещи въ моментъ установленія обезпеченія [1]), рядомъ съ другими, гдѣ упоминается о закладныхъ, какъ объ актахъ, на основаніи которыхъ была пріобрѣтена вещь, такъ что въ этихъ случаяхъ не исключена возможность передачи вещи лишь по просрочкѣ долга [2]).

Нужно замѣтить, что залоговое владѣніе было связано съ несомнѣнными выгодами для пріобрѣтателя: пользованіе плодами вещи давало кредитору возможность обходить постановленіе Уложенія, воспрещающее ростъ [3]). И кромѣ того закладныя сдѣлки часто скрывали дѣйствительное отчужденіе, когда мнимый заимодавецъ принадлежалъ къ сословію, которому не было доступно пріобрѣтеніе извѣстной категоріи недвижимостей: когда тяглый дворъ закладывался бѣломѣстцу, то залоговое обезпеченіе скрывало у насъ, какъ во Франціи и въ Германіи, отчуждательную сдѣлку in fraudem legis. Уложеніе [4]), какъ видно, преслѣдовало эти сдѣлки, угрожая не только уничтоженіемъ вещнаго перехода

1) Гл. XVI 43, 69; XVII 35, 36, 41.

2) Гл. X, 244; XVII 2 in fine, 18.

3) Гл. X 255.

4) Гл. XIX 30 . . . А кто . . . заложитъ бѣлымъ людемъ тяглый дворъ и тѣ дворы имати и отдавати безденежно въ сотни, а по закладнымъ у кого тѣ дворы были заложены въ деньгахъ отказывати. А кто черные люди тѣ свои дворы . . . заложутъ и тѣхъ черныхъ людей за воровство бити кнутомъ.

и недѣйствительностью обязательства, но кромѣ того и тѣлеснымъ наказаніемъ. Однако это воспрещеніе оказалось, повидимому, недостаточнымъ и впослѣдствіи пришлось его возобновить [1]).

Залогъ въ Уложеніи является безусловно связаннымъ съ окончательнымъ присвоеніемъ вещи въ случаѣ просрочки [2]); нигдѣ тамъ не упоминается объ обязанности для кредитора продавать заложенный объектъ и удовлетворяться изъ его стоимости въ размѣрѣ долга. Интересно даже отмѣтить, что Уложеніе воспроизводитъ слова, встрѣчающіяся въ закладныхъ: въ случаѣ просрочки — должнику „до вотчины дѣла нѣтъ“, она становится безповоротно достояніемъ залогодержателя. Залогъ служитъ единственнымъ эквивалентомъ въ рукахъ кредитора; однако мы уже выше [3]) отмѣтили, что въ Уложеніе [4]) проникло изъ Литовскаго Статута передѣланное положеніе Саксонскаго Зерцала, на основаніи котораго кредитору, въ случаѣ пропажи заложеннаго скота, принадлежитъ личный искъ въ половинномъ размѣрѣ уничтоженной стоимости. Эта, хотя и частичная, побѣда римской придаточности мало соотвѣтствовала только что отмѣченному характеру залоговаго права московскаго періода. Вошла ли въ дѣйствіе эта норма иноземнаго права, рецепированная составителями Уложенія и сохранилась ли

1) Указъ 21 апр. 1697 г. въ Актахъ ист. V № 264.

2) Гл. X 196; XVII 33.

3) См. выше стр. 300 прим. 3.

4) Гл. X 197. А будетъ кто кому заложитъ въ долгу до сроку лошадь или иную какую животину и та лошадь или иная какая животина у того, кому она будетъ заложена, до сроку умретъ собою, а не отъ надсады работныя а не съ голоду и не убита, и тому у кого тотъ закладъ былъ, взяти на заимщикѣ своего долгу половина, а другія половины не имати . . .

она долго въ нашемъ правѣ? Трудно отвѣтить на этотъ вопросъ, какъ вообще трудно себѣ составить ясную картину нашего гражданскаго права въ XVII вѣкѣ, основаннаго главнымъ образомъ на обычаѣ. Поучительно во всякомъ случаѣ чтеніе указа 26 августа 1727 г.[1]); въ немъ говорится вообще о пропажѣ заклада и законъ рѣшаетъ, что, если уничтоженіе даннаго объекта не причинено нерадѣніемъ закладодержателя, послѣдній не отвѣчаетъ, но что онъ съ другой стороны не можетъ вовсе требовать съ залогодателя уплаты заемныхъ денегъ. Подобное рѣшеніе мотивируется тѣмъ, что закладъ долженъ былъ служить предметомъ удовлетворенія и что въ большинствѣ случаевъ этотъ объектъ по своей стоимости превышаетъ размѣръ долга; это значитъ другими словами, что залогодатель, отдавая вещь въ закладъ, исполнилъ уже то, къ чему онъ могъ быть принужденъ, и что случайное событіе не въ состояніи лишить его выгодныхъ послѣдствій этого дѣйствія. Такое рѣшеніе вполнѣ соотвѣтствуетъ русскому національному взгляду на заемъ, обезпеченный закладомъ, и этотъ взглядъ, сохранившійся до настоящаго времени[2]), повидимому, устранилъ положеніе литовскаго права о закладѣ животныхъ.

Если теперь обратиться къ западной Россіи для обозрѣнія залоговыхъ обезпеченій, встрѣчающихся въ территоріяхъ, вошедшихъ въ составъ литовскаго государства, то мы найдемъ въ опубликованныхъ сборникахъ актовъ прежде всего заставное владѣніе, т. е. установленіе залоговаго права съ непосредственной передачей вещи кредитору,

1) П. С. З. 5145.

2) Уставъ о банкротахъ 19 дек. 1800 г. (19692) II § 16; Сводъ Законовъ X т. 1 ч. ст. 1676.

который обыкновенно пользуется плодами заложеннаго ему участка [1]). Эта передача за деньги однако не смѣшивается съ обыкновенной куплей-продажей, имѣющей цѣлью безповоротное отчужденіе [2]), и, какъ видно, для заключенія залоговой сдѣлки была установлена даже особая форма [3]). Пользовладѣніе [4]) вещью превращается въ окончательное правоотношеніе лишь по наступленіи обозначеннаго въ договорѣ срока [5]); полученіе этой вещи на правахъ собственности является тогда единственнымъ возмѣщеніемъ за долговую сумму. Лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда закладываемая вещь не соотвѣтствуетъ обѣщаннымъ качествамъ [6]), или когда она отнимается третьимъ лицомъ [7]), можетъ быть предъявленъ искъ объ уплатѣ къ залогодателю.

Рядомъ съ этой формой залога недвижимости встрѣчаются уже въ XV вѣкѣ сдѣлки, гдѣ обезпечивающій

---

1) См. Архивъ Юго-Запад. Россіи ч. VI, Т. I №№ XVI (1562), XXXVII 1573), L (1583), LXI (1587); Акты Виленск. арх. коммиссіи XI №№ 69 (1669), 80 (1678); XVII № 17; XXII (Акты Слонимскаго суда) №№ 605 (1566), 624, 634, 636, 642; Ист. Юрид. Матеріалы извлечен. изъ акт. книгъ губерній Витебской и Могилевской VIII стр. 373; Акты Литовской Метрики (изд. Леонтовича) II 712 (1506), 744 (1506). — Ср. Литовскій Статутъ 1588 г. Раздѣлъ IV арт. 1; VII арт. 12—15, 19—22.

2) См. въ Актахъ Литовской Метрики I № 45 (1486 г.) „продать вечне а не въ заставѣ."

3) См. Уставы данные Литвѣ на второмъ Виленскомъ Сеймѣ 1551 г. Прозьба 3 въ Акт. отн. къ ист. Зап. Россіи III № 11.

4) Называется иногда арендой см. Архивъ Юго-Зап. Россіи I № 101 (1594 г.).

5) Когда не обозначено срока, должникъ не лишается давностью права требовать возвращенія участка III Литовскій Статутъ Раздѣлъ VII арт. 12; относительно движимости см. VII 28 § 2.

6) См. Декретъ главнаго Лит. Трибунала № 71 (1669 г.) въ Актахъ Виленской коммиссіи XV.

7) См. Декретъ главнаго Литовскаго Трибунала 1663 г. № 71 въ Актахъ Виленской коммиссіи XV.

участокъ остается въ рукахъ должника до срока уплаты [1]), при чемъ залогодатель обязывается не отчуждать дотолѣ участка, которымъ онъ обладаетъ [2]). Особымъ подвидомъ залога, о которомъ упоминаетъ и Литовскій Статутъ [3]), является обезпеченіе вѣна жены на недвижимостяхъ мужа [4]). Какъ извѣтстно, подобное обремененіе простиралось на третью часть недвижимаго имущества, которая послѣ смерти мужа поступала къ вдовѣ [5]). Такимъ образомъ устанавливалась въ сущности вѣрная и опредѣленная вдовья доля изъ наслѣдства умершаго супруга. Но залоговой характеръ этого обремененія все-таки обнаруживался послѣ смерти жены: ея наслѣдники имѣли требованіе о возвращеніи имъ стоимости вѣна и это требованіе было обезпечено залогомъ на недвижимостяхъ мужа; послѣднія освобождались отъ этого долга, когда наслѣдники мужа уплачивали данную сумму [6]).

Ни въ актахъ, ни въ Литовскомъ Статутѣ мы не находимъ указаній на обязанность для залогодержателя продавать просроченный участокъ и выдавать должнику hyperocha. Но въ виду возможности залога недвижимости

---

1) См. Акты относящіеся къ исторіи южной и западной Россій I № 14, 1421 г.; Археографическій сборникъ документовъ относящихся къ ист. Зап. края III № 5 (1520 г.); Акты Виленской коммиссіи, XX (Акты касающіеся Вильны) № 128 (1601 г.).

2) См. Акты Виленской коммиссіи XVII (Акты Гродненскаго Суда) № 718 (1541 г.).

3) Разд. VII арт. 10 § 1; § 2 относится къ судебнымъ взысканіямъ безъ добровольно установленнаго залога.

4) Разд. V арт. I § 1; разд. V арт. 2 § 5 и 5 § 1. Ср. Акты Виленской арх. комм. VIII № 170 (1587 г.). Мужъ при жизни не можетъ распоряжаться этою частью недвижимостей, обремененною вѣномъ, безъ содѣйствія жены, ср. Разд. V арт. 17.

5) Наслѣдники мужа могутъ впрочемъ получить эту часть недвижимостей умершаго, уплачивая вдовѣ двойное вѣно. Разд.. V арт. 2 § 1.

6) Разд. V арт. 2 § 2.

безъ владѣнія въ Статутѣ разсматриваются случаи, гдѣ вотчина, заложенная одному лицу, была впослѣдствіи перезаложена другому [1]). Вторая закладная признается дѣйствительной и на судѣ, какъ видно, лежитъ обязанность производить оцѣнку: если сумма первой закладной равняется стоимости залога, то вотчину получаетъ первенствующій залогодержатель, а второй обращаетъ свое взысканіе противъ остальнаго имущества должника, какъ простой хирографарный кредиторъ. Если же заложенная вотчина достаточна для удовлетворенія обѣихъ закладныхъ, то одному изъ залогодержателей предлагается обладаніе съ обязанностью удовлетворить другого. Когда ни одинъ изъ нихъ не желаетъ получить это обладаніе, имѣніе закладывается третьему лицу и изъ вырученной суммы кредиторы удовлетворяются. Здѣсь, какъ видно, лишь весьма скромный задатокъ залоговой продажи.

Раньше установилось въ Литвѣ distractio pignoris при закладѣ движимости. Уже въ XIV вѣкѣ по отношенію къ закладу у Евреевъ мы встрѣчаемъ отступленіе отъ обыкновенной формы просрочки, гдѣ по наступленіи установленнаго дня залогодержатель eo ipso получаетъ окончательное право на вещь: привилегія Витовта 1388 г.[2]) предписывала однако Евреямъ заявлять по наступленіи срока о своихъ закладахъ представителямъ общественной власти [3]). Эта мѣра была несомнѣнно принята въ интересахъ залогодателей, которые страдали отъ безгласной про-

1) Раздѣлъ VII арт. 11.

2) Акты изд. Виленской арх. коммиссіей V № 465.

3) Ср. Бершадскій, Литовскіе Евреи стр. 337 прим. 129.

срочки [1]). Въ Литовскомъ Статутѣ мы встрѣчаемъ двѣ формы заклада движимости: если стороны оговорили обыкновенную просрочку, то неуплата долга въ обозначенный день ведетъ къ окончательному присвоенію вещи со стороны залогодержателя [2]); но если этой оговорки нѣтъ, кредиторъ обязанъ продать заложенную движимость и вырученный излишекъ выдать закладодержателю [3]). При этомъ Статутъ не постановляетъ, что въ случаѣ недоимки заимодавецъ имѣетъ право взыскивать ее съ остальнаго имущества должника.

Изъ этого вытекаетъ, что, если литовское право могло имѣть въ данной области вліяніе на московское, то оно должно было только подтвердить у насъ ограниченный характеръ отвѣтственности залогодателя, который благодаря вещному обремененію освобождался отъ дальнѣйшихъ притязаній.

Но не повліяло ли литовское право на наше законодательство въ смыслѣ замѣны залоговой просрочки и непосредственнаго присвоенія вещи обязательной продажей заложеннаго объекта? Въ дошедшемъ до насъ матеріалѣ московскаго періода встрѣчается одно только мѣсто, гдѣ говорится о продажѣ заложенной движимости съ выдачей из-

---

1) Интересно отмѣтить, что въ восточной Европѣ, какъ и въ западной (см. выше стр. 69 прим. 4), Евреямъ иногда воспрещалось отдавать деньги взаймы безъ заклада, несомнѣнно для того, чтобы ограждать личную свободу должниковъ. См. Статутъ Польскаго короля Казиміра III, данный въ Вислицѣ (1347 г.) § 138: о жидѣхъ (Акты относящіеся къ ист. зап. края I № 2) . . . . . штобы ни одинъ жидъ у нашей земли нашему христьянину пѣнезей не давалъ на записы, а ни на листы, одно на закладъ . . .

2) Статутъ 1588 г. Разд. VII арт. 27.

3) Ibidem арт. 28.

лишка и съ добавочнымъ взысканіемъ. Это мѣсто встрѣчается въ одномъ изъ указовъ, образующихъ дополненіе къ Судебнику, именно въ указѣ 24 дек. 1557 г.[1]), а distractio pignoris появляется впервые въ Статутѣ 1566 г.[2]); такимъ образомъ врядъ ли придется искать объясненіе первому появленію у насъ залоговой продажи въ тѣхъ романистическихъ вѣяніяхъ, которыя могли проникнуть въ Московское Государство черезъ Литву.

Это мѣсто въ названномъ указѣ вводитъ до такой степени крупное нововведеніе, что нужно или считать его загадочнымъ[3]), или признать за нимъ значеніе рѣзкаго перехода къ новому виду[4]) залоговаго удовлетворенія, по крайней мѣрѣ въ ученіи о закладѣ движимости. Указъ, о которомъ идетъ здѣсь рѣчь, содержитъ т. н. полѣтную грамоту, устанавливающую пятилѣтнюю разсрочку для заемныхъ должниковъ и вмѣстѣ съ тѣмъ пониженіе процентовъ на будущее время. Относительно разсрочки указъ нормируетъ отдѣльно исполненіе заемнаго обязательства со стороны служилыхъ и неслужилыхъ людей; для послѣднихъ постановляется, что старыя кабалы будутъ погашены безъ роста; по новымъ же обязательствамъ, которыя возникнутъ въ теченіе 5 лѣтъ, ростъ устанавливается въ размѣрѣ 10 процентовъ. Указъ наконецъ касается устныхъ займовъ и постановляетъ, что, когда послѣдовало признаніе на судѣ, должникъ, къ какому сословію онъ ни принадлежалъ, не

---

1) Акты историческіе I № 154, VII.

2) Разд. VII арт. 20 (изд. Временника. Москва 1855 г.).

3) См. Мейеръ l. c. стр. 47.

4) Ср. Владимірскій-Будановъ, Обзоръ исторіи русскаго права стр. 476.

можетъ ссылаться на льготы, установленныя здѣсь закономъ. И вотъ передъ этимъ послѣднимъ пунктомъ долговой нормировки мы читаемъ у одного только Татищева § 140: „А кто у кого займетъ деньги въ ростъ, „а заложитъ ручь, кузнь или мониста, или ино что со „срокомъ, а въ срокъ и по срокѣ не заплатитъ, мѣсяцъ „или два или три, ино тому, у кого заложено, не обвѣстя „заклада не продати и никому не избыти, а слати къ „тому кто заложилъ мужи два или три и велѣти ему „овѣстити; коли деньги истинну и ростъ въ недѣлю или „двѣ не заплатити, и онъ его закладъ продастъ; а не „заплатить и потомъ истинны и роста, и тому у кого за„кладъ, нести къ старостѣ и цѣловальникомъ, и тотъ „закладъ при многихъ людѣхъ добрыхъ продати правдою, „не ухитряя его государя: и возмутъ за тотъ закладъ „болѣе ино ему взяти истинна и ростъ сполна, а лишекъ „отдати тому чей закладъ; а не будетъ того заклада на „столько, ино тѣ деньги, чего не достанетъ взяти на „закладчикѣ.“

Мѣстоположеніе этого изреченія среди остальныхъ постановленій указа, посвященныхъ совсѣмъ инымъ вопросамъ, и тотъ фактъ, что оно находится только въ одномъ спискѣ, невольно наводитъ на мысль о возможности интерполяціи со стороны переписчика. Съ какой стати здѣсь въ связи съ установленіемъ сроковъ для уплаты заемныхъ долговъ, въ связи съ сокращеніемъ или даже для нѣкоторыхъ долговъ съ уничтоженіемъ роста законодатель вводитъ значительную реформу въ видѣ новаго типа залоговаго права? Указъ вызванъ въ сущности бѣдственнымъ положеніемъ должниковъ, а разсмотрѣнное мѣсто вводитъ обоюдоострое

средство, такъ какъ продажа, особенно въ виду экономическаго кризиса второй половины XVI вѣка, легко могла повести къ недоимкѣ, взыскиваемой путемъ личнаго иска, тогда какъ законодатель именно старался въ этомъ указѣ охранять должника отъ чрезмѣрныхъ взысканій. Если такимъ образомъ предположеніе объ интерполяціи въ спискѣ, которымъ пользовался Татищевъ, не представляется невѣроятнымъ, спрашивается, откуда могли быть взяты подобныя, чисто римскія предписанія объ hyperocha и о личномъ искѣ залогодержателя? Отвѣтъ можно, пожалуй, найти въ Эклогѣ Льва и Константина въ главѣ 2 тит. X [1]), которая воспроизводится въ Кормчей книгѣ [2]):

Ἐάν τις δανείσῃ τινὶ καὶ κατὰ τὴν οἰκείαν ὁμολογίαν ἐκπροθεσμήσας ὁ χρεώστης μὴ ἐκπληρώσῃ, προτρεπέσθω τοῦτον ἐκ διαβασίμου ὁ χρεωστούμενος, καὶ ἐὰν μετὰ β καὶ γ προτροπάς τε καὶ διαμαρτυρίας μὴ θελήσῃ ὁ χρεωστῶν παῤῥησιασθῆναι ἢ τὸ ἀπόχρεων ποιῆσαι, αὐθεντίαν ἐχέτω ὁ τὰ ἐνέχυρα κατέχων ὑπὸ ἀκριβῆ δημοσίαν ἐκτίμησιν ἐγγράφως διὰ ταβουλλαρίων ἢ καὶ ἐκδίκων ἀποσημειουμένων ταῦτα διαπιπράσκειν, καὶ ἐκ τῶν τιμημάτων τὰ κεχρεωστημένα αὐτῷ παρακρατεῖν, καὶ τὸ ὡς εἰκὸς περιττευθὲν ἀποκαθιστᾶν τῷ χρεωστοῦντι. εἰ δὲ ἡ τῶν ἐνεχύρων διακαία διάπρασις οὐ σώζει τὴν ἐντελῆ τοῦ χρέους ἀπόδοσιν, ἀπαιτείτω τὸν χρεώστην τὸ λειπαζόμενον.

Этотъ параграфъ не вполнѣ тождественъ съ вышеприведеннымъ мѣстомъ указа 1557 г., но заимствованіе изъ него тѣмъ не менѣе въ высшей степени вѣроятно. Въ на-

1) У Zachariä, Collectio librorum juris graeco-romani ineditorum. Lipsiae 1852.

2) Леона Царя и Константина Главизны, Зачатокъ 11 гл. I.

чалѣ необходимость напоминанія встрѣчается въ томъ и другомъ текстѣ; указанію на содѣйствіе старосты и цѣловальниковъ соотвѣтствуютъ слова „. . . *δημοσίαν ἐκτίμησιν ἐγγράφως διὰ ταβουλλαρίων ἢ καὶ ἐκδίκων . . . .*“ и наконецъ послѣднія строки о выдачѣ излишка и добавочномъ взысканіи являются въ русскомъ текстѣ дословнымъ переводомъ съ греческаго.

Если отрицать здѣсь произвольное внесеніе даннаго греческаго мѣста при перепискѣ указа, то остается непонятнымъ, какимъ образомъ такая крупная мѣра въ исторіи нашего залоговаго права исчезла безслѣдно, какимъ образомъ Уложеніе, которое въ статьяхъ о просрочкѣ [1]) проявляетъ несомнѣнное знакомство составителей съ положеніями Литовскаго Статута, нормирующихъ Distractionspfand рядомъ съ Verfallpfand [2]), тѣмъ не менѣе умалчиваетъ о продажѣ заложенной вещи и повторяетъ только старую формулу о пріобрѣтеніи вещи послѣ просрочки? Если разсмотрѣнное мѣсто указа 1557 г. содержало институтъ, получившій практическое значеніе въ Московскомъ Государствѣ, то до насъ по всему вѣроятію дошли бы какіе нибудь слѣды судебныхъ дѣлъ, возникшихъ по поводу споровъ либо со стороны должниковъ, требовавшихъ продажи заклада, либо со стороны кредиторовъ, вчинавшихъ личные иски для покрытія недоимокъ. Трудно себѣ представить для XV вѣка такой важный поворотъ въ развитіи нашего закладнаго права, особенно если имѣть въ виду, что до настоящаго времени, по крайней мѣрѣ на основаніи Устава о банкротахъ 1800 г., въ

1) См. гл. X, 196.
2) Разд. VII арт. 21 и 28.

нашемъ правѣ нѣтъ еще безусловной необходимости продавать заложенную движимость, когда эта distractio не требуется должникомъ и если имѣть въ виду, что нормальнымъ порядкомъ удовлетворенія до сихъ поръ считается въ Сводѣ Законовъ [1]) окончательное оставленіе вещи у кредитора послѣ просрочки долга.

---

1) Т. XVI ч. II Законы о Судопроизводствѣ Гражданскомъ ст. 632.

ГЛАВА VI.

Вліяніе законодательства на дальнѣйшее развитіе залоговаго права въ Россіи.

Залогъ и купля-продажа въ XVIII вѣкѣ. — Указъ 1 августа 1731 г. и его отмѣненіе. — Заимообезпечительный залогъ въ государственныхъ кредитныхъ учрежденіяхъ. — Значеніе устава о банкротахъ 1800 г. — Запрещеніе въ роли долговаго обремененія. — Залогъ по договорамъ съ казной.

Характерныя черты древне-русскаго залога, о которыхъ была рѣчь въ предыдущей главѣ, продолжаютъ обнаруживаться въ теченіе XVIII вѣка по крайней мѣрѣ въ залоговыхъ сдѣлкахъ между частными лицами. Въ указахъ этого періода мы постоянно встрѣчаемся съ упоминаніемъ о закладныхъ [1]), рядомъ съ купчими, какъ о сдѣлкахъ, передающихъ окончательное обладаніе вещью по просрочкѣ долга [2]). Въ самомъ концѣ столѣтія еще издаются указы, въ которыхъ мы находимъ прежнее выраженіе объ обращеніи закладной въ купчую [3]). Одинъ изъ

1) См. напр. указъ 4 ноября 1715 г. (2952), 4 іюля (3607) и 19 іюля 1720 г. (3612), 22 сентября 1763 г. (11934).

2) Право распоряженія по обѣимъ сдѣлкамъ было одинаково ограничено указомъ о единонаслѣдіи.

3) См. указъ 11 ноября 1786 г. (16460).

наказовъ, данныхъ депутатамъ Екатерининской Коммиссіи, излагаетъ между прочимъ просьбу объ изданіи мѣръ для предохраненія просроченныхъ имѣній отъ хищническаго хозяйства залогодержателей, которые въ ожиданіи выкупа со стороны родичей залогодателя старались всѣми средствами обезцѣнивать имущество, временно находящееся въ ихъ рукахъ [1]).

Преобладали, по всему вѣроятію, залоги безъ передачи недвижимости до просрочки [2]) и мы видимъ, что это право кредитора на будущую уступку вещи, принадлежащее ему въ случаѣ неуплаты долга, охранялось правовымъ порядкомъ и до этого момента, такъ напр. при конфискаціи имущества залоготателя [3]). Но встрѣчаются также слѣды непосредственной передачи недвижимости кредитору до просрочки долга [4]) и эта форма залоговой сдѣлки служила, какъ видно, и въ XVIII вѣкѣ способомъ передачи вещи такимъ лицамъ, которыя не имѣли права пріобрѣтать собственность [5]).

Если такимъ образомъ присвоеніе вещи [6]) со стороны залогодержателя въ случаѣ неуплаты долга является отличительной чертой нашего обыкновеннаго залоговаго права

---

1) См. наказъ Кромскаго дворянства въ Сборникѣ ист. Общества Т. 68 стр. 635.

2) Ср. любопытный примѣръ у Филиппова, Бумаги Кабинета Министровъ (Сборникъ ист. Общества. Т. 104), стр. 239 сл.

3) Указъ 8 мая 1754 г. (10238).

4) Ср. напр. указъ 25 августа 1732 г. (6163).

5) Указъ 16 іюля 1782 г. (15434).

6) Въ теченіе года послѣ окончательной записи право собственности залогодержателя ограничивалось воспрещеніемъ продажи, установленнымъ въ интересахъ родоваго выкупа, см. ук. 11 мая 1744 г. (8936) и 15 ноября 1766 г. (12782) п. 15. Однако нарушеніе этого воспрещенія со стороны залогодержателя не влекло за собой недѣйствительности отчужденія, см. ук. 16 ноября 1786 г. (16463).

до изданія устава о банкротахъ 1800 г., то нужно, разумѣется, оговориться относительно короткаго промежутка времени отъ 1737 г. до 1744 г., въ теченіе котораго былъ установленъ, какъ извѣстно, другой способъ удовлетворенія по залогамъ и закладамъ.

Указъ 1 августа 1737 г.[1]) замѣнилъ оставленіе вещи за залогодержателемъ обязательной продажей: съ наступленіемъ срока уплаты связано для кредитора необходимость явки закладной въ судъ, но соблюденіе этой формальности не даетъ ему права на обладаніе участкомъ, она только считается conditio sine qua non для продажи залога[2]), которая должна была совершаться по правиламъ, установленнымъ до того для имѣній, продаваемыхъ въ Канцеляріи конфискацій[3]). Обязательность продажи заложеннаго объекта, установленная указомъ 1737 г., не только относительно недвижимаго, но и движимаго имущества, устраняется лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда на торгахъ не будетъ предложена сумма, соотвѣтствующая долгу; кредиторъ тогда можетъ оставить вещь за собой[4]).

Эта крупная реформа, превратившая нашъ залогъ изъ права на присвоеніе въ право на удовлетвореніе изъ стоимости, вырученной продажею, не могла не останавливать вниманія нашихъ изслѣдователей, которые всѣ усматриваютъ здѣсь первую, хотя и неудержавшуюся впослѣдствіи, попытку установленія новаго вида вещнаго обезпеченія. Но въ ли-

---

1) П. С. З. 7339.

2) п. 3.

3) См. учрежденіе Канцеляріи конфискацій для продажи по казеннымъ недоимкамъ 19 мая 1724 г. (5414) и установленіе при ней особой аукціонной камеры въ Петербургѣ ук. 17 мая 1733 г. (6355).

4) п. 6.

тературѣ тѣмъ не менѣе встрѣчаются критики по адресу этого узаконенія, въ которомъ отмѣчается отсутствіе логики или по крайней мѣрѣ внутренней гармоніи. Гантоверъ [1]), останавливаясь на послѣдствіяхъ залоговой продажи, предписанной этимъ указомъ, находитъ, что, разъ въ немъ устанавливается обязанность выдачи излишка залогодателю [2]), нужно было, для полнаго соотвѣтствія, налагать на этого должника личную отвѣтственность въ случаѣ неудачной продажи. Указъ же, какъ извѣстно, рѣшаетъ, что если продажа состоится при предложеніяхъ, не соотвѣтствующихъ залоговому долгу и при нежеланіи залогодержателя оставить вещь за собой, недоимка не взыскивается съ остальнаго имущества должника [3]); такая добавочная отвѣтственность наступаетъ лишь въ случаѣ обмана со стороны залогодателя, т. е. тогда, когда обнаруживается, что заложенная вещь лишена объема или свойствъ, упомянутыхъ при заключеніи залоговой сдѣлки [4]). Въ глазахъ Гантовера праву залогодателя на остатокъ необходимо долженъ соотвѣтствовать неограниченная отвѣтственность по личному иску. Мы видѣли однако, что въ нѣкоторыхъ германскихъ территоріяхъ (какъ напр. въ Данцигѣ) и по Литовскому Статуту этого соотвѣтствія нѣтъ; мы встрѣчались тамъ съ учрежденіемъ продажи залога, создающей денежную сумму, изъ которой кредиторъ получаетъ только слѣдующее ему количество денегъ; но при этомъ обратное явленіе, т. е. недостаточность суммы, не нарушаетъ кореннаго взгляда на залогъ,

1) Залоговое право (1890 г.) стр. 93.
2) п. 6.
3) п. 7.
4) п. 8.

какъ на полный эквивалентъ за занятыя деньги. Этотъ примѣръ, конечно, не можетъ служить аргументомъ противъ стремленія разсматривать узаконенія прошлаго столѣтія съ точки зрѣнія принциповъ, признанныхъ желательными проектомъ вотчиннаго устава 1892 г. Болѣе вѣскимъ соображеніемъ можетъ послужить самое содержаніе указа и главнымъ образомъ первая часть его, гдѣ излагаются соображенія, побудившія законодателя взяться за реформу залоговаго права[1]); и тамъ между прочимъ приводятся факты въ глазахъ законодателя нежелательные, какъ напр. встрѣчающіяся въ закладныхъ того времени оговорки о томъ, что за долгъ, обезпеченный залогомъ, отвѣчаетъ и остальное имущество залогодателя. Законодатель предполагалъ, что эти оговорки были возможны лишь вслѣдствіе незнакомства должниковъ съ дѣйствующимъ правомъ, т. е. другими словами, что по дѣйствующимъ тогда взглядамъ предметъ залога всегда считался достаточнымъ эквивалентомъ и что расширеніе отвѣтственности являлось непозволительнымъ злоупотребленіемъ со стороны заимодателей. Понятно, что указъ, исходя изъ такой точки зрѣнія, не могъ ввести добавочное взысканіе по закладной, особенно если имѣть въ виду, что данное узаконеніе имѣло цѣлью облегчить положеніе должниковъ, которые въ силу просрочки лишались стоимости, большей частью превышающей размѣръ долга. Указъ хотѣлъ устранить положеніе,

1) „Понеже о закладныхъ недвижимыхъ имѣніяхъ многія жалобы происходятъ въ томъ, что кто заложитъ свое недвижимое имѣніе другому, то заимодавецъ, усмотря незнаніе въ дѣлахъ закладчика, въ закладныя вводитъ такія сильныя и важныя слова, чтобъ не токмо заложенное за собой удержать, но чтобъ и достальное его имѣніе у него отнять ....“

создаваемое этой просрочкой, которая безъ всякаго основанія обогащала кредитора. Законодатель имѣлъ основаніе думать, что залогодержателю легче намѣтить себѣ вещь, покрывающую вполнѣ его интересъ, чѣмъ должнику выдѣлить объектъ, стоимость котораго не превышала бы занятой суммы. И его точку зрѣнія раздѣляетъ по нынѣ наше дѣйствующее право.

Однако не смотря на то, что въ данномъ отношеніи указъ 1 августа 1737 г. удержалъ старую точку зрѣнія національнаго права, нововведеніе, имъ созданное, не встрѣтило сочувствія въ обществѣ или по крайней мѣрѣ среди лицъ, отдававшихъ свои деньги взаймы подъ залоги: устраненіе права оставлять вещь за собой непосредственно послѣ просрочки казалось имъ опаснымъ новшествомъ и они, какъ видно, неохотно подвергали себя непріятностямъ, связаннымъ со сложными аукціонными формальностями [1]). Въ результатѣ оказалось, что собственники участковъ, нуждающіеся съ кредитѣ, стали находить деньги съ бо́льшими затрудненіями, чѣмъ до изданія указа 1 августа. Подъ вліяніемъ общаго неудовольствія со стороны кредиторовъ, какъ и должниковъ, законъ 11 мая 1744 г. [2]) отмѣнилъ залоговую продажу, какъ средство удовлетворенія залогодержателя. Постановленіе это знаменательно, потому что изъ самого содержанія указа вытекаетъ, что данная мѣра вызвана не желаніемъ отмѣнить новый институтъ, а необходимостью принять во вниманіе направленіе оборота. На этомъ

1) Продажа заложеннаго успѣла осуществиться на практикѣ, см. уже указъ 11 октября 1737 г. (7398).

2) П. С. З. 8936.

примѣрѣ видно, что уже въ прошломъ столѣтіи инціатива въ развитіи нашего залоговаго права принадлежала государственной власти и что факторы дѣловой жизни, создающіе въ сдѣлкахъ опредѣленные виды кредита, относились къ нововведеніямъ пассивно и даже враждебно. Въ протоколахъ засѣданій нашихъ ипотечныхъ коммиссій приходится тѣмъ не менѣе читать, что главной помѣхой къ правильному поземельному кредиту у насъ является отсталость залоговаго законодательства [1]). Эти стереотипныя фразы заимствованы, по всему вѣроятію, изъ нѣмецкой ипотечной литературы средины нашего вѣка. Нынѣшній сельско-хозяйственный кризисъ въ этомъ отношеніи по крайней мѣрѣ оказалъ намъ услугу: кто рѣшится теперь утверждать, что, если въ наше время имѣнія остаются за земельными банками или снимаются съ торговъ безъ полнаго погашенія недоимки, то вина этому лежитъ на нашемъ залоговомъ правѣ?

Указъ 11 мая 1744 г. возвращался къ системѣ Уложенія [2]) и давалъ залогодержателю право на присвоеніе вещи по просрочкѣ; но онъ не предрѣшалъ вопроса объ участи недвижимости до этого момента, вслѣдствіе чего нѣтъ основанія думать, что уничтоженіе указа 1737 г. было равносильно предписанію передавать залогодержателямъ закладываемый участокъ въ моментъ заключенія сдѣлки. Такой выводъ [3])

---

1) Ср. напр. Гантоверъ l. c. стр. 3 сл.; раньше въ томъ же смыслѣ Марковъ въ Журналѣ гражд. права 1872 I и II. Трезвыя возраженія у Пестржецкаго въ Журн. гр. права 1872 г. IV стр. 693.

2) п. 2 указа 11 мая 1744 г.: „О закладныхъ недвижимыхъ имѣніяхъ поступать по уложенію же X гл. 196 пункта съ такимъ изъясненіемъ: заимодавцу по прошествіи написаннаго въ закладной срока данной ему закладъ за собой записавъ отказать и во владѣніе онаго вступить вольно."

3) Онъ, какъ будто, вытекаетъ изъ изложенія Побѣдоносцева, Курсъ гражд. права I (1892 г.) стр. 586.

слѣдовало бы считать лишеннымъ достаточнаго основанія уже потому, что законъ 1737 г. нормировалъ только участь вещи послѣ просрочки, не запрещая при этомъ отдавать путемъ частнаго соглашенія пользовладѣніе кредитору до наступленія того срока, съ которымъ была связана необходимость продажи.

Если такимъ образомъ наше залоговое право, за исключеніемъ промежутка времени отъ 1737 до 1744 г., очутилось въ томъ же положеніи, въ какое оно было доведено предшествующимъ періодомъ, то съ другой стороны было бы ошибочно думать, что до Устава о банкротахъ 1800 г. въ этой области нашего права наступило полное затишье. Тамъ, гдѣ государство выступало въ качествѣ залогодержателя, тамъ немыслимы были тѣ сопротивленія, которыя привели къ отмѣнѣ указа 1737 г. Мы теперь прослѣдимъ нормировку этого казеннаго залоговаго права въ теченіе XVIII вѣка и увидимъ, что она подготовляла распространеніе новыхъ началъ на залоговое право между частными лицами.

Въ первой половинѣ XVIII вѣка — до указа 1737 г.— мы уже встрѣчаемся съ нормировкой заклада движимости, которая значительно отличается отъ существующей тогда залоговой просрочки: монетная контора открывала кредитъ частнымъ лицамъ подъ обезпеченіе драгоцѣнныхъ металлическихъ предметовъ, при чемъ въ случаѣ неуплаты послѣдніе отдавались въ сплавку, а излишекъ, въ видѣ денегъ, возвращался закладчику [1]). Продажи не было, но производимая этимъ путемъ оцѣнка данныхъ объектовъ ее вполнѣ

1) Указъ 8 января 1733 г. (6300).

замѣняла. Интересно отмѣтить, что указъ не предвидитъ обратнаго случая, т. е. превышенія долговой суммы уже потому, что выдача ссуды производилась на основаніи минимальной оцѣнки закладываемыхъ объектовъ.

Въ исторіи организаціи нашего земельнаго кредита [1]) первое мѣсто въ хронологическомъ порядкѣ занимаетъ, какъ извѣстно, Государственный Заемный Банкъ, учрежденный при Елизаветѣ Петровнѣ въ 1754 г.[2]). Его главной операціей являлась выдача ссудъ подъ обезпеченіе движимаго и недвижимаго имущества. Мы видимъ, что въ одномъ и другомъ случаѣ уставомъ предписывается обязательная продажа обезпечительнаго предмета для удовлетворенія Банка и выдачи hyperocha залогодателю[3]). Только относительно недвижимости постановлено, что въ случаѣ неудачной продажи отвѣчаетъ и остальное имущество должника[4]). Это явное отступленіе отъ кореннаго воззрѣнія нашего права объясняется, очевидно, рецепціей романистической конструкціи залога. Но на самомъ дѣлѣ въ жизни это предписаніе не имѣло практическихъ послѣдствій: когда впослѣдствіи Банку угрожала неуплата со стороны залогодателей[5]), мысль о направленіи иска противъ остальнаго ихъ имущества была отвергнута[6]). Смѣшеніемъ лич-

1) Ср. Пономаревъ, Исторія правительственныхъ мѣропріятій къ развитію сельскаго хозяйства въ Россіи (1888 г.), гл. XVIII.

2) Объ учрежденіи Государственнаго Заемнаго Банка 13 мая 1754 г. (10235).

3) п. 1 и п. 2. Ср. также впослѣдствіи ук. 26 іюля 1754 г. (10265). Заложенныя недвижимости всегда оставались въ рукахъ залогодателя.

4) п. 2.

5) Объ отсрочкахъ по платежамъ Банку см. указы 1757 г. (10784) и 1761 г. (11259).

6) Указъ 29 марта 1772 г. (13778).

наго и реальнаго кредита можно было бы также назвать положеніе устава Банка, требующее представленія поручителей при выдачѣ ссуды [1]); но въ сущности это участіе добавочныхъ субъектовъ было вызвано шаткостью оффиціальныхъ свѣдѣній о недвижимостяхъ: третьи лица ручались за то, что данное имѣніе, представленное къ закладу, дѣйствительно принадлежало лицу, ходатайствующему о выдачѣ ссуды. Это выяснилось [2]) въ послѣдующихъ указахъ, изданныхъ по поводу операцій Банка, и цѣль поручительства въ такомъ видѣ была прямо оговорена въ новомъ проектѣ [3]) кредитнаго учрежденія, призваннаго замѣнить Банкъ 1754 г. Обозрѣніе соотвѣтствующихъ указовъ въ Полномъ Собраніи Законовъ оставляетъ впечатлѣніе, что продажа залоговъ, предписанная уставомъ Заемнаго Банка, была найдена впослѣдствіи нежелательной [4]) и этимъ объясняются постановленія законодателя о наложеніи опеки на имѣнія неисправныхъ залогодателей для погашенія долга изъ доходовъ вмѣсто удовлетворенія [5]) изъ вырученной на аукціонѣ суммы; и если уставъ новаго [6]) Заемнаго Банка 1786 г. [7]) устранилъ продажу заложенной вещи, то это не потому, что онъ

---

1) Указъ 13 мая 1754 г. (10235) п. 2.

2) См. указъ 25 октября 1761 г. (11344).

3) О публикованіи проекта о новомъ по дворянскимъ банкамъ учрежденіи 8 августа 1766 г. (12719) § 17.

4) Вскорѣ послѣ открытія дѣйствія Банка успѣли, уже накопиться значительныя недоимки. Ср. напр. указъ 26 іюня 1762 г. (11581).

5) Указъ 25 октября 1761 г. (11344).

6) Сліяніе стараго Банка съ новымъ было предписано указомъ 28 іюня 1786 г. (16408); Московская контора закрыта 5 ноября 1800 г. (19632).

7) Манифестъ объ учрежденіи Заемнаго Банка 28 іюня 1786 г. (16407). Недвижимость остается до просрочки всегда въ рукахъ владѣльца, § 8; выданная ссуда измѣряется только одной стоимостью имѣнія безъ примѣси момента личнаго кредита, § 4.

вернулся къ системѣ оставленія вещи за залогодержателемъ, а потому, что въ его глазахъ лучшимъ средствомъ для одновременнаго обезпеченія интересовъ вкладчиковъ и заемщиковъ является взятіе имѣнія въ присмотръ, съ возвращеніемъ его залогодателю по погашеніи недоимки [1]).

На такую же точку зрѣнія становится не долго просуществовавшій Вспомогательный Банкъ для дворянъ [2]); послѣдній является въ сущности больше, чѣмъ вспомогательное учрежденіе, такъ какъ онъ не только открывалъ кредитъ помѣщикамъ, обращавшимся къ нему, но кромѣ того еще навязывалъ свои услуги собственникамъ тѣхъ участковъ, которые вслѣдствіе просрочки должны были быть справлены за частными кредиторами [3]).

Нужно замѣтить, что назначеніе администраціи въ случаѣ неуплаты долга новому Заемному Банку относится только къ закладываемымъ вотчинамъ. Для городскихъ строеній, также принимаемыхъ къ залогу въ этомъ кредитномъ учрежденіи, была установлена обязательность продажи, какъ въ уставѣ 1754 г.[4]). Особенность заключалась лишь въ томъ, что эти строенія должны были быть передъ тѣмъ застрахованы въ страховой экспедиціи [5]), находившейся при

---

1) Манифестъ §§ 16 и 17.

2) См. § 30 Манифеста 18 декабря 1797 г. (18274) объ учрежденіи Государственнаго Вспомогательнаго Банка для Дворянства. Банкъ былъ закрытъ 7 мая 1799 г. (18959); см. также указъ 10 мая того же года (18961).

3) См. § 38 Манифеста 1797 г. и кромѣ того указъ 11 мая 1798 г. (18520).

4) Манифестъ объ учрежденіи при Государственномъ Заемномъ Банкѣ страховой экспедиціи 23 декабря 1786 г. (16478) § 9; см. также указъ 20 апрѣля 1814 г. (25573).

5) Эта экспедиція не оправдала впрочемъ тѣхъ надеждъ, которыя возлагались на нее, какъ на центральное страховое учрежденіе для всего государства. Ср. Архивъ государственнаго совѣта. Т. IV. Журналы по дѣламъ департамента экономіи. Ч. I, стр. 320 (іюль 1822 г.).

Банкѣ. Въ случаѣ пожара выданная ссуда покрывалась прежде всего страховой суммой, а въ случаѣ недостаточности послѣдней недоимка взыскивалась съ участка, который продавался на общемъ основаніи; уставъ не упоминаетъ объ отвѣтственности остальнымъ имуществомъ[1]).

Въ двадцатыхъ годахъ, когда былъ переработанъ уставъ Заемнаго Банка 1786 г., продажа залога, какъ необходимая мѣра удовлетворенія, была распространена и на вотчины[2]), которыя оставались за Банкомъ въ качествѣ арендныхъ имѣній лишь въ случаѣ неудачной переторжки[3]). Кромѣ приведенныхъ трехъ Банковъ другія казенныя учрежденія также были управомочены отдавать взаймы деньги частнымъ лицамъ подъ заклады и залоги; сюда должны быть отнесены приказы общественнаго призрѣнія, созданные Учрежденіемъ о губерніяхъ[4]) и производившіе сначала ссудныя операціи на основаніи правилъ, выставленныхъ уставомъ Банка 1786 г.[5]). Рядомъ съ ними въ исторіи реальнаго кредита видную роль играли, находившіяся въ вѣдѣніи опекунскихъ совѣтовъ, ссудныя и сохранныя казны при Воспитательныхъ Домахъ; тамъ неуплата долга влекла за собой продажу залога[6]) или заклада[7]), причемъ залого-

---

1) Манифестъ 23 декабря 1786 г. § 9 п. 3. Залогъ не застрахованнаго долга былъ возможенъ только съ поручителями. См. указъ 6 декабря 1802 г. (20544) о раздачѣ денегъ изъ Кіевскаго Приказа общественнаго призрѣнія.

2) См. узаконенія, приведенныя подъ ст. 388 сл. Устава госуд. кредитныхъ установленій въ Сводѣ Законовъ 1832 г.

3) Ст. 26 указа 11 января 1828 г. (1710).

4) П. С. З. 14392, ст. 382.

5) Указъ 22 іюня 1795 г. (17316).

6) См. учрежденіе 20 ноября 1772 г. (13909) п. 4; позже указъ 5 іюля 1824 г. (29937) § 9.

7) Планъ ссудной казны 20 ноября 1772 г. (13909) п. 5. Ср. еще указы 21 декабря 1796 г. (17668) и 22 декабря 1798 г. (18789).

датель имѣлъ право на hypeгocha, которая впрочемъ могла идти и на удовлетвореніе личныхъ кредиторовъ, если были предъявлены противъ него другія требованія[1]). Продажа залога, важная для самого должника, какъ и для третьихъ лицъ, вводилась такимъ образомъ постепенно нашимъ законодательствомъ въ тѣхъ сферахъ, гдѣ нельзя было опасаться сопротивленія со стороны кредитора; этимъ путемъ подготовлялась залоговая реформа, которая въ этотъ разъ удержалась.

Обыкновенно принято считать залоговыя нововведенія, выставленныя въ Уставѣ о банкротахъ[2]), возвращеніемъ къ системѣ 1737 г. Такое положеніе соотвѣтствуетъ истинѣ въ томъ смыслѣ, что законъ 1800 г. означаетъ и для закладныхъ на недвижимость между частными лицами рѣшительное отступленіе[3]) отъ принципа непосредственнаго присвоенія залога, восторжествовавшаго въ 1744 г.

Однако между нормировкой 1737 г. и порядкомъ, выставленнымъ въ 1800 г., существуетъ несомнѣнная разница, которая придаетъ Уставу о банкротахъ характеръ менѣе рѣзкаго поворота, чѣмъ законъ XVIII вѣка. Послѣдній не отводилъ кредитору непосредственнаго воздѣйствія на заложенный участокъ послѣ просрочки и давалъ ему только право на вырученную изъ продажи сумму. Наоборотъ, по банкротскому уставу[4]), какъ и донынѣ[5]), просрочка даетъ кредитору право на шестимѣсячное обладаніе и пользованіе

1) Ср. указъ 2 февраля 1801 г. (19761).
2) Уставъ 19 декабря 1800 г. (19692).
3) Ч. II ст. 43 сл.
4) Ч. II ст. 39.
5) См. Сводъ Законовъ Т. XVI ч. 2. ст. 615 Законовъ о судопроизводствѣ гражданскомъ.

участкомъ. Это правомочіе осталось какъ послѣдній слѣдъ прежняго окончательнаго присвоенія: собираніе плодовъ съ заложенной недвижимости призвано замѣнить для кредитора право собственности, пріобрѣтаемое имъ по старому порядку и вытѣсненное теперь необходимостью публичной продажи по истеченіи названнаго срока.

Рядомъ съ этимъ слѣдомъ прежней залоговой просрочки нужно указать еще на другой остатокъ прежняго воззрѣнія: по указу 1737 г., въ случаѣ недостаточнаго предложенія на торгахъ, залогодержатель могъ оставлять недвижимость за собой и сумма, обозначенная въ закладной, являлась покупной цѣной; по банкротскому же уставу такое превращеніе залоговаго права въ собственность наступаетъ eo ipso, если предложенная на торгахъ цѣна ниже долга; impetratio dominii, такъ сказать, обязательна [1]). Этимъ впрочемъ исчерпывается право залогодателя; изъ банкротскаго устава [2]) ясно вытекаетъ, что законодатель сохранилъ прежнюю точку зрѣнія на ограниченную отвѣтственность залогодателя [3]) и она впослѣдствіи была еще разъ подтверждена нашимъ объективнымъ правомъ [4]).

Наконецъ въ ученіи о залогѣ недвижимости по уставу 1800 г. можно отмѣтить еще послѣднюю связь съ правомъ предшествующаго періода, а именно право выкупа родичей,

---

1) Ч. II ст. 46.

2) Ч. II ст. 46, 70; теперь въ Сводѣ Законовъ Т. XVI ч. 2. Законы о суд. гражд. ст. 626.

3) Ср. указъ 30 мая 1816 г. (26292) по поводу заложеннаго дома, сгорѣвшаго во время пожара Москвы въ 1812 г.

4) См. ст. 293 закона 19 іюля 1849 г. (23405), теперь въ Сводѣ Законовъ Т. XVI ч. 2. Положенія о взысканіяхъ гражданскихъ ст. 315.

которое призвано осуществляться не только послѣ просрочки, но и послѣ публичной продажи [1]). Понятно, что при прежней системѣ не было основанія избавить залогодержателя отъ риска быть лишеннымъ вещи взамѣнъ уплаты долговой суммы. Но по введеніи обязательной продажи всѣ мѣры законодательства должны были бы стремиться къ привлеченію какъ можно бо́льшаго числа покупателей; право же выкупа, допускаемое банкротскимъ уставомъ и послѣ аукціона, могло только заставить многихъ воздержаться отъ предложенія на торгахъ. Право выкупа имѣнія, проданнаго съ публичныхъ торговъ, было уничтожено лишь въ 1815 г. [2]).

Если мы теперь обратимся къ закладу движимости, то мы увидимъ, что въ этой области новшества устава 1800 г. еще менѣе значительны. Здѣсь нормальной формой удовлетворенія въ случаѣ просрочки является оставленіе вещи у закладодержателя [3]). Только въ случаѣ, если закладодатель потребуетъ продажи вещи, наступаетъ для кредитора обязанность погасить требованіе изъ вырученной суммы; и изъ этого вытекаютъ два послѣдствія, вполнѣ соотвѣтствующія романистическому ученію: если получается излишекъ, то онъ здѣсь, какъ и при залоговой продажѣ недвижимости, выдается должнику [4]), но за то послѣдній подверженъ риску добавочной отвѣтственности, если продажа окажется неудовлетворительной [5]). Интересно, впрочемъ, остановиться на соображеніяхъ, которыми руководствуется здѣсь уставъ 1800 г.:

---

1) Ч. I ст. 49.
2) Указъ 9 декабря 1815 г. (26017).
3) Ч. II ст. 53.
4) Ч. II ст. 54.
5) Ч. II ст. 55.

въ глазахъ его составителей неограниченная отвѣтственность не вытекаетъ, какъ можно было думать, изъ сосуществованія вещнаго права и личнаго иска, а разсматривается какъ кара, налагаемая на должника за то, что онъ не допустилъ кредитора къ нормальной формѣ удовлетворенія, т. е. къ присвоенію вещи, и навязалъ ему всѣ хлопоты, связанные съ продажей. Исключительно этой точкой зрѣнія можетъ быть объяснено постановленіе устава, налагающее такую неограниченную отвѣтственность на личнаго кредитора, потребовавшаго продажи заклада: долговаго отношенія между этимъ личнымъ кредиторомъ и залогодержателемъ во всякомъ случаѣ нѣтъ.

Понятно, что для залогодателя, или для его кредиторовъ, иногда въ высшей степени важно спасти отъ права присвоенія залогодержателя вещь, стоимость которой значительно превышаетъ обезпеченную сумму. Съ этой цѣлью уставъ 1800 г. даетъ конкурсному управленію право вносить въ активъ заклады, обезпечивавшіе требованія противъ должника, съ тѣмъ, чтобы закладодержатель получилъ бы сполна слѣдуемую ему сумму [1]). Эта операція, называемая выкупомъ, въ уставѣ поставлена въ зависимость отъ ликвидаціи актива, и до того момента [2]) закладодержа-

---

1) Ч. I ст. 106: Ежели банкротъ далъ кому закладъ, или что изъ имѣній правильно заложилъ, то есть, прежде усмотрѣнія своего несостоянія и до вступленія на него ко взысканію требованій, а тотъ закладъ стоитъ больше той суммы, въ которой заложенъ; то заплатя деньги, оный закладъ взять въ конкурсъ, и съ прочими банкротовыми имѣніями въ свое время продать; а тому, у кого былъ закладъ, заплатить сумму сполна.

2) Это было прямо оговорено въ проектѣ конкурснаго устава 1763 г. (у Гольмстена, Истор. очеркъ конкурснаго процесса стр. 158): „деньги отдавать по продажѣ, а не напередъ."

тель имѣетъ противъ конкурсной массы требованіе, которое впрочемъ отличается отъ другихъ притязаній тѣмъ, что оно, въ качествѣ замѣны заклада, удовлетворяется сполна. Именно этотъ случай и имѣлся въ виду впослѣдствіи уставомъ о торговой несостоятельности 25 іюня 1832 г. въ ст. 75, 76 и 77 [1]), касающихся и недвижимаго имущества. При такомъ объясненіи исчезаетъ мнимое противорѣчіе между ст. 78 [2]) этого послѣдняго устава, которая говоритъ объ отдѣльномъ удовлетвореніи залогодержателя, и ст. 101 п. 3 [3]) того же закона, которая упоминаетъ о залогодержателѣ, какъ о конкурсномъ кредиторѣ. Остается только редакціонная ошибка, такъ какъ въ послѣдней статьѣ приводятся кредиторы, хотя и привилегированные, но подверженные тѣмъ не менѣе соразмѣрной скидкѣ, если всѣ они вмѣстѣ взятые исчерпываютъ наличный активъ [4]), тогда какъ требованіе залогодержателя въ случаѣ выкупа со стороны конкурснаго управленія должно быть удовлетворено сполна [5]), не взирая на стеченіе какихъ либо другихъ притязаній [6]).

---

1) П. С. З. 5463 ст. 75: Къ составу имуществъ несостоятельнаго принадлежатъ также посредствомъ выкупа всѣ имущества, несостоятельнымъ заложенныя, если они еще не проданы. (Нынѣ въ Уст. суд. торговаго ст. 572). Ст. 76: Конкурсное управленіе имѣетъ на заложенныя имущества право выкупа не только въ срокъ платежа, но и до срока, хотя бы имущество было заложено и въ казенныхъ кредитныхъ установленіяхъ . . . (Нынѣ ст. 573). Ст. 77: Выкупъ производится платежемъ заимодавцу полной суммы долга. (Нынѣ ст. 574).

2) Нынѣ ст. 575 Устава судопроизводства торговаго.

3) „Къ долгамъ перваго разряда причисляются . . . 3) долги на залогахъ и закладахъ утвержденные. Они удовлетворяются сполна продажею и выкупомъ заложеннаго имущества, буде подлежитъ оное выкупу. (Нынѣ п. 3. ст. 599 Устава судопроизводства торговаго).

4) Ср. ст. 102 и 100 устава 1832 г. (ст. 600 и 598 Уст. суд. торговаго).

5) Ср. рѣшеніе кассаціоннаго Департамента 1895 г. № 97.

6) Шершеневичъ теперь (см. Конкурсное право [1898 г.] стр. 387) усматриваетъ здѣсь противорѣчіе закона; раньше (Ученіе о несостоятель-

Банкротскій уставъ исходитъ изъ точки зрѣнія, что закладныя сдѣлки между частными лицами имѣютъ цѣлью въ громадномъ большинствѣ случаевъ обезпечить заемное обязательство, и выставляетъ вслѣдствіе этого въ качествѣ схемы этихъ сдѣлокъ заемное письмо съ вещнымъ обезпеченіемъ. Эти образцы 1800 г., какъ извѣстно, до сихъ поръ принадлежатъ къ дѣйствующему праву, такъ что можно утверждать, что и донынѣ всякое требованіе, обезпеченное залогомъ, должно быть формально втиснуто въ рамки заемнаго обязательства. При этомъ нужно замѣтить, что по уставу 1800 г. акты, совершенные крѣпостнымъ порядкомъ, какъ заемныя письма съ вещнымъ обезпеченіемъ или безъ онаго, получаютъ безспорный характеръ въ томъ смыслѣ, что противъ нихъ не допускается возраженіе о безденежности [1]). Это устраненіе воздѣйствія со стороны causa debendi и такая отвлеченность обязательства обезпечиваемаго залогомъ — нововведеніе въ нашемъ законодательствѣ. Въ предыдущихъ узаконеніяхъ мы встрѣчаемъ слѣды допущенія названнаго возраженія противъ закладныхъ [2]), и оно устранялось, повидимому, только тогда, когда оно предявля-

---

ности [1890 г.] стр. 347 сл.) онъ объяснялъ п. 3 ст. 599 возможностью для залогодержателя отказаться отъ вещной гарантіи и предъявлять личный искъ, но этимъ не выясняется, почему личный искъ въ данномъ случаѣ подлежитъ полному удовлетворенію. Ср. Уставъ о банкротахъ Ч. I ст. 107.

1) Ч. II ст. 63: На закладныя и крѣпостныя заемныя письма не уважать никакихъ о безденежности ихъ отъ должника и наслѣдниковъ его показаній . . . (Аргументація кассаціоннаго рѣшенія Сената [1888 г. № 70] не можетъ умалить значеніе этой статьи). Существовалъ только, введенный ук. 10 іюля 1815 г. (25900) п. 4 по аналогіи съ купчей крѣпостью, семидневный срокъ, въ теченіе котораго заемщикъ могъ просить объ уничтоженіи заемной крѣпости.

2) Ср. напр. указъ 14 апрѣля 1759 г. (10942).

лось наслѣдниками заемщика [1]). Въ Сводъ Законовъ вслѣдствіе редакціонной ошибки [2]) внесено исключеніе спора о безденежности только относительно крѣпостныхъ заемныхъ писемъ безъ залоговаго обезпеченія, но изъ этого пробѣла не слѣдовало бы выводить практическія послѣдствія, такъ какъ въ глазахъ устава 1800 г., какъ и нынѣшняго закона, закладная, составленная крѣпостнымъ порядкомъ, не есть что либо иное, какъ крѣпостное заемное письмо съ реальнымъ обезпеченіемъ.

Къ пововведеніямъ Устава о банкротахъ нужно, по всему вѣроятію, отнести еще, также сохранившееся до сихъ поръ, безусловное воспрещеніе перехода залоговаго права отъ одного кредитора къ другому [3]). Въ предшествующемъ законодательствѣ мы не находимъ такого ограниченія; въ актахъ вышеприведенныхъ сборниковъ часто встрѣчаются, по поводу возможной впослѣдствіи эвикціи, слова „а кто съ сей закладной, тотъ по ней истецъ“ [4]), изъ которыхъ слѣдовало бы вывести, что закладная передавалась первоначальнымъ кредиторомъ третьимъ лицамъ, хотя эти слова также могутъ быть отнесены къ тѣмъ случаямъ, гдѣ заложенный участокъ былъ проданъ залогодержателемъ послѣ просрочки и гдѣ пріобрѣтатель онаго, получившій закладную, какъ документъ, удостовѣряющій право распоряженія залогодателя, обращаетъ свой искъ о вознагражденіи по эвикціи противъ послѣдняго,

1) См. Уложеніе Царя Алексѣя Михайловича гл. XVII ст. 31, а впослѣдствіи указъ 24 мая 1764 г. (12168).

2) Ср. ст. 1327 I ч. X Тома по изд. 1832 г. (Нынѣ ст. 2012).

3) Уставъ о банкротахъ ч. II ст. 21: Закладныя и домовыя съ залогомъ письма передавать съ подобными надписями другимъ запрещается, поелику заемщикъ ввѣрилъ залогъ свой заимодавцу.

4) См. напр. закладную 1700 г. въ Собраніи историко-юридическихъ актовъ Бѣляева.

какъ противъ лица, заложившаго чужую вещь [1]). Во всякомъ случаѣ въ этихъ актахъ встрѣчаются несомнѣнныя указанія на то, что кредиторъ могъ отдавать заложенное ему движимое имущество третьему лицу; правомочіе послѣдняго ограничивалось, разумѣется, правомъ выкупа со стороны залогодателя.

Уставъ о банкротахъ, нормируя закладъ движимости въ видѣ pignus'a [2]), имѣлъ, конечно, основаніе, подъ вліяніемъ романистическихъ воззрѣній, воспрещать передачу заложенной движимости третьему лицу. Ст. 21 ч. II Устава прямо указываетъ на мотивъ этого ограниченія: должникъ ввѣрилъ свою вещь опредѣленному контрагенту и имѣетъ право требовать, чтобы она не находилась въ рукахъ ему неизвѣстнаго лица. Статьѣ 21 ч. II предшествуютъ въ Уставѣ постановленія, касающіяся заклада движимости [3]), такъ что воспрещеніе передачи въ связи съ предыдущимъ изложеніемъ и въ связи съ мотивировкой самой статьи можно было бы отнести лишь къ движимому имуществу. Но статья редактирована въ слишкомъ общихъ выраженіяхъ, такъ что неудивительно, что впослѣдствіи Сводъ Законовъ ограничилъ право распоряженія кредитора также относительно закладныхъ на недвижимости [4]), хотя здѣсь шестимѣсячное владѣніе послѣ просрочки врядъ ли могло служить основаніемъ для выставленія этого воспрещенія въ интересахъ собственника.

Подобное безусловное устраненіе возможности передавать

---

1) См. напр. въ Актахъ юрид. быта II № 126 XIII закладную 1679 г.
2) Ч. II ст. 9.
3) Ст. 10 сл.
4) Т. X. ч. I ст. 1653 и 1678.

требованія, снабженныя вещнымъ обезпеченіемъ, на первыхъ порахъ вызывало нѣкоторыя недоумѣнія [1]), одноко мы встрѣчаемъ это воспрещеніе даже въ проектѣ уложенія 1814 г. [2]) и этотъ фактъ самъ по себѣ можетъ служить аргументомъ въ защиту памятника, который, съ легкой руки Карамзина [3]), принято у насъ считать продуктомъ рабскаго подражанія французскому праву. Весь отдѣлъ этого проекта, посвященный залоговому обезпеченію, по своему внѣшнему виду и по порядку статей [4]) въ значительной мѣрѣ напоминаетъ соотвѣтствующее изложеніе въ уставѣ 1800 г.; въ немъ удержана терминологія послѣдняго и кромѣ того тамъ еще уцѣлѣлъ взглядъ на залогъ, какъ на реальную гарантію заемнаго обязательства. Интересно, наконецъ, постановленіе уложенія относительно продажи заложенной движимости: вслѣдъ за предписаніемъ выдать hypotheca должнику указывается на то, что неудачность продажи не даетъ закладодержателю права добавочнаго взысканія [5]). Если здѣсь уложеніе отступаетъ отъ точки зрѣнія устава 1800 г. и возвращается къ прежнему національному воззрѣнію, то нельзя во всякомъ случаѣ приписать эту точку зрѣнія вліянію французскаго или даже римскаго права!

Бросая послѣдній взглядъ на уставъ 1800 г., мы можемъ тамъ на ряду съ только что указанными нововведе-

---

1) См. Архивъ госуд. совѣта Т. IV. Журналы по дѣламъ департамента законовъ. Ч. II, стр. 491.

2) Въ нѣсколько смягченной формѣ, см. ч. III глава XII § 280 (въ Архивѣ госуд. совѣта Т. IV. Журналы по дѣламъ департамента законовъ. Ч. I): Передача закладной прежде истеченія срока не дозволяется; но естьли по мииованіи онаго платежъ не учиненъ, то заимодавецъ въ правѣ передать закладную другому . . .

3) См. Русскій Архивъ 1870 г. стр. 2326.

4) См. гл. XI и XII ч. III проекта l. c.

5) Гл. XI § 253.

ніями отмѣтить еще одинъ остатокъ, для практической жизни, можетъ быть, самый важный, прежняго воззрѣнія на залогъ, какъ на сдѣлку, ведущую къ пріобрѣтенію права собственности залогодержателемъ послѣ просрочки. По крайней мѣрѣ въ уставѣ не отмѣняется прежняя конструкція залоговаго соглашенія, какъ момента, лишающаго залогодателя права распоряженія для дальнѣйшихъ обремененій и отчужденій [1]). Мы видѣли, что въ древнихъ актахъ закладчикъ обѣщаетъ, что данная вотчина никому не заложена, другими словами, что на нее устанавливается первый, а не второй залогъ, который въ этотъ періодъ нашего правоваго развитія считается немыслимымъ. Указъ 1 августа 1737 г.[2]) также остается вѣрнымъ точкѣ зрѣнія, отождествляющей залогъ съ отказомъ отъ права распоряженія. Въ самомъ концѣ XVIII вѣка, непосредственно передъ изданіемъ Устава о банкротахъ, она повторяется [3]) и въ двадцатыхъ годахъ [4]) запрещеніе, налагаемое между прочимъ на заложенное имущество, нормируется въ той формѣ, въ которой оно съ нѣкоторыми измѣненіями сохранилось до настоящаго времени. Изъ этого видно, что уставъ 1800 г. въ данной области новаго ничего не ввелъ; и если мы ближе всмотримся въ смыслъ этого запрещенія, которое является у насъ и донынѣ, по крайней мѣрѣ принципіально, неизбѣжнымъ спутникомъ залоговаго права, то мы именно найдемъ здѣсь слѣдъ прежней просрочки, который не могъ быть вытѣсненъ уставомъ 1800 г. уже потому, что послѣдній законъ выставилъ

1) См. напр. ч. II ст. 77.

2) Въ началѣ изложенія.

3) Указъ 8 іюня 1798 г. (18575).

4) См. зак. 21 декабря 1821 г. (28850) и 17 февраля 1825 г. (30235).

принципъ необходимости залоговой продажи лишь по отношенію къ недвижимостямъ, сохранивъ залоговую просрочку для остальныхъ предметовъ вещнаго обезпеченія. Удержаніе старой точки зрѣнія отразилось на нормировкѣ новаго залога 1800 г.

Если залогъ призванъ въ случаѣ неуплаты долговой суммы поступить въ собственность кредитора, то понятно, что онъ не можетъ служить обезпеченіемъ другому требованію, такъ какъ удовлетвореніе путемъ присвоенія вещи доступно одному только лицу. То же самое относительно купли-продажи: законъ не предполагалъ, что можетъ найтись лицо, расположенное пріобрѣсти уже заложенное имущество, такъ какъ покупатель при неуплатѣ долга со стороны залогодателя лишился бы всей вещи, и вслѣдствіе этого законъ предпочиталъ ограждать третьихъ лицъ отъ такихъ послѣдствіи посредствомъ запрещенія. Но когда была введена обязательная продажа заложенной недвижимости, то этимъ самымъ была дана возможность второму залогодержателю, какъ и пріобрѣтателю заложенной вещи, соразмѣрить заемную или покупную цѣну со стоимостью имѣнія, оставшейся свободною. Но законъ этого шага не сдѣлалъ и въ залогѣ между частными лицами, созданнымъ уставомъ 1800 г., осталось несоотвѣтствіе двухъ противоположныхъ принциповъ: залоговой продажи и залоговаго присвоенія; послѣдній моментъ именно высказался въ удержавшемся ограниченіи права распоряженія залогодателя.

Здѣсь также было суждено казнѣ въ роли залогодержателя указывать путь новаго развитія. Но прежде, чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію этихъ дальнѣйшихъ явленій въ

исторіи нашего залога, нужно отмѣтить, что даже въ то время, когда между частными лицами уже установилась distractio pignoris, можно отмѣтить болѣе строгое примѣненіе этого начала со стороны самого государства по отношенію къ находящимся въ его рукахъ закладамъ. Въ уставѣ Ассигнаціоннаго Банка 1808 г. мы видимъ, что продажа заложеннаго товара обязательна, а не поставлена въ зависимость отъ заявленія закладчика; недоимка впрочемъ покрывается здѣсь также изъ остальнаго его имущества, какъ и въ уставѣ 1800 г.[1]). Но это расширенное право взысканія, выставленное нѣсколько лѣтъ спустя и въ уставѣ Государственнаго Коммерческаго Банка[2]), не встрѣчается во всѣхъ узаконеніяхъ[3]), нормирующихъ заемныя сдѣлки съ обезпеченіемъ движимостью въ казенныхъ кредитныхъ учрежденіяхъ; иногда вмѣсто личнаго иска противъ закладодателя встрѣчаются постановленія, позволяющія, въ случаѣ недовыручки, привлекать къ отвѣтственности оцѣнщиковъ заложеннаго товара[4]). Впослѣдствіи для заклада акцій въ новоучрежденномъ Государственномъ Банкѣ 1860 г.[5]) установившаяся тогда биржевая котировка дала возможность снабдить банкъ вспомогательнымъ средствомъ, замѣняющимъ личную отвѣт-

1) Уставъ 2 марта 1806 г. (22042) § 75.

2) См. уставъ 7 мая 1817 г. (26837) § 62.

3) Такъ напр. не упоминаетъ объ этой отвѣтственности указъ 2 октября 1838 г. (11579), нормирующій закладъ въ ссудной казнѣ Воспитательнаго Дома, ст. 53—57.

4) Ср. напр. Правила на выдачу ссудъ изъ Одесскаго и Таганрогскаго Приказовъ Общ. Призрѣнія 27 сентября 1833 г. (6452) гл. VI п. 32, а также уставъ компаніи для храненія и залога громоздкихъ движимостей 1838 г. (11751) § 57.

5) П. С. З. 35847.

ственность закладчика, а именно правомъ продажи заклада до срока въ случаѣ курсоваго пониженія, угрожающаго уничтожить соотвѣтствіе между цѣнностью бумагъ и размѣромъ выданной ссуды [1]).

Но нормировка залога и заклада въ казенныхъ кредитныхъ учрежденіяхъ имѣла значеніе не только при установленіи формы удовлетворенія залоговаго требованія, но вообще для всѣхъ моментовъ, связанныхъ съ понятіемъ о вещномъ обезпеченіи. Если мы теперь обратимся къ операціямъ поземельнаго кредита въ государственныхъ банкахъ прошлаго вѣка, то мы найдемъ въ узаконеніяхъ, нормирующихъ ихъ, понятное стремленіе законодателя къ собиранію вѣрныхъ свѣдѣній относительно закладываемыхъ имѣній. Этимъ путемъ охранялся, разумѣется, прежде всего фискальный интересъ въ данномъ учрежденіи, но кромѣ того постепенно развивался у насъ моментъ публичности въ вотчинныхъ правоотношеніяхъ, основаніе которому было уже положено Петромъ Великимъ [2]). Полное Собраніе Законовъ за вторую половину XVIII вѣка изобилуетъ указами, предписывающими крѣпостнымъ учрежденіямъ высылать въ Заемный Банкъ общія свѣдѣнія объ имѣніяхъ, продаваемыхъ или закладываемыхъ въ Имперіи [3]), дабы Банкъ могъ убѣдиться, что имѣніе, представленное къ залогу, принадлежало залогодателю и было свободно отъ другихъ закладныхъ [4]). Какъ видно главнымъ препятствіемъ къ правильности реальнаго кредита

1) Уставъ Государственнаго Банка ст. 76, 77.

2) См. указъ 20 октября 1719 г. (3436) п. 21.

3) Ср. указъ 10 февраля 1766 г. (12567) и 4 октября 1771 г. (13667).

4) См. ук. 27 января 1780 г. (14974) и 27 января 1781 г. (15112).

являлась практическая негласность многихъ сдѣлокъ [1]), и всѣ усилія законодателя направлены были къ искорененію этого зла для достиженія достовѣрности [2]). Кромѣ общихъ свѣдѣній о недвижимой собственности, которыя должны были быть собраны Банкомъ, послѣдній требовалъ еще отъ присутственныхъ мѣстъ сообщеній относительно стоимости отдѣльнаго имѣнія, и мы видимъ, что эта стоимость зависѣла иногда отъ случайныхъ моментовъ, какъ напр. смертности среди крестьянъ [3]). Явнымъ доказательствомъ того, что государство при этомъ не имѣло въ виду только свои чисто хозяйственныя соображенія, но охраняло одновременно интересы всего общества, могутъ служить тѣ узаконенія, которыя предписываютъ огласку залоговъ, установленныхъ въ Банкѣ [4]), а также тѣ указы, которые регулируютъ свѣдѣнія объ имѣніяхъ, освободившихся отъ залога Банка [5]). Обремененія въ пользу кредитнаго учрежденія отличались еще тѣмъ, что въ уставѣ предписывалось точное соотношеніе между размѣромъ ссуды и объемомъ закладываемаго имущества [6]). Банкъ руководствовался при оцѣнкѣ особыми правилами и залогъ долженъ былъ простираться только на участокъ, по своей стоимости соотвѣтствующій выданной

1) Ср. напр. по этому поводу ук. 18 іюня 1773 г. (13997), 23 іюня 1796 г. (17478), 12 іюня 1813 г. (25899).

2) Если имѣніе оказывалось впослѣдствіи тѣмъ не менѣе заложеннымъ раньше частному лицу, то обремененіе въ пользу банка оставалось все таки въ силѣ. Ср. указъ объ учрежденіи Государственнаго Заемнаго Банка 18 мая 1754 г. (10235) § 2.

3) См. напр. указъ 16 января 1772 г. (13739). Стоимость заложеннаго въ банкѣ имѣнія не должна быть впослѣдствіи уменьшена дѣйствіями собственника. Ср. Манифестъ о Вспомогательномъ Банкѣ 18 дек. 1797 г. (18274) ст. 33.

4) См. указъ 13 ноября 1766 г. (12783).

5) См. указъ 19 іюля 1767 г. (19943).

6) Ср. указъ 17 февраля 1763 г. (11760).

ссудѣ, такъ что воспрещено было налагать общее обремененіе на всѣ недвижимости залогодателя.

Утѣшительно констатировать такое постепенное развитіе момента публичности и спеціальности въ нашемъ законодательствѣ, особенно если вспомнить, что въ большинствѣ западныхъ государствъ конца XVIII вѣка еще господствовали римскія безмолвныя и генеральныя ипотеки. Отрадно также отмѣтить, что это стремленіе законодательства [1]) находило иногда сочувствіе въ нѣкоторыхъ частяхъ нашего общества [2]).

Свѣдѣнія объ имѣніяхъ доставлялись въ Банкъ сначала въ видѣ общаго перечня сдѣлокъ о недвижимостяхъ, заключаемыхъ въ теченіе извѣстнаго промежутка времени [3]). Для втораго Заемнаго Банка было уставлено кромѣ того правило о вытребованіи изъ присутственныхъ мѣстъ, завѣдывающихъ крѣпостными дѣлами, обзора свѣдѣній, касающихся отдѣльнаго имѣнія, представленнаго къ залогу въ Банкъ [4]). Такимъ образомъ возникли залоговыя свидѣтельства [5]), существующія донынѣ и призванныя, по всему вѣроятію, играть еще дальнѣйшую роль въ исторіи нашего поземельнаго кредита. Залоговое свидѣтельство скоро сдѣлалось

---

1) Ср. по поводу сдѣлокъ между частными лицами указъ 18 марта 1773 г. (13961). Ср. еще раньше указъ 24 сентября 1747 г. (9443).

2) Ср. ходатайства купцовъ Гжатской пристани въ Екатерининской коммиссіи, Сборникъ Ист. Общества Т. 93 стр. 232 и 233.

3) См. Уставъ Заемнаго Банка 1754 г. п. 2. Закладная совершалась уже въ Банкѣ, п. 6 in fine.

4) См. Уставъ Заемнаго Банка 1786 г. (16407) п. 12, а также Манифестъ о Вспомогательномъ Банкѣ 1797 г. (18274) п. 21 и указъ 12 ноября 1798 г. (18747).

5) Для Заемнаго Банка см. формуляръ залоговаго свидѣтельства въ указѣ 29 февраля 1828 г. (1836); ср. еще указъ 11 марта 1859 г. (34233).

conditio sine qua non для полученія изъ государственнаго кредитнаго учрежденія ссуды [1]) и такъ какъ государство не имѣло основанія менѣе довѣрять представителямъ этихъ учрежденій, чѣмъ крѣпостнымъ установленіямъ, то разрѣшалось совершать актъ залоговаго обремененія въ самомъ Банкѣ не въ видѣ обыкновенной закладной крѣпости, а въ формѣ залоговой подписки[2]), т. е. письменнаго волеизъявленія со стороны должника, подвергающаго обозначенный въ залоговомъ свидѣтельствѣ участокъ залоговому праву въ пользу Банка.

Все это послужило основаніемъ къ раздвоенію залога у насъ на два вида; вещное обремененіе въ видѣ закладной крѣпости между частными лицами и обезпеченіе долга недвижимостью посредствомъ предъявленія залоговаго свидѣтельства и залоговой подписки въ государственное кредитное учрежденіе. Послѣдняя порождала такія же послѣдствія, какъ и закладная крѣпость, благодаря тому, что Банкъ немедленно послѣ дачи подписки былъ обязанъ сообщить объ этомъ компетентному органу для наложенія запрещенія на обозначенное въ свидѣтельствѣ имѣніе [3]).

Но тождественность этихъ послѣдствій была однако скорѣе формальнаго свойства, такъ какъ мы съ конца прошлаго вѣка можемъ отмѣтить значительное расширеніе права распоряженія залогодателя въ тѣхъ случаяхъ, когда залогодержателемъ является казенное кредитное учрежденіе. И здѣсь именно обнаруживается новый толчекъ, данный залогу нашимъ законодателемъ.

---

1) Ср. ук. 18 мая 1828 г. (2042) и 27 октября 1829 г. (3262).

2) См. между прочимъ указъ 25 февраля 1802 г. (20157).

3) См. Уставъ Заемнаго Банка 1786 г. (16481) п. 54 и Манифестъ о Вспомогательномъ Банкѣ 1797 г. (18274) п. 27.

Прежде всего было дано право собственникамъ заложенныхъ въ Заемномъ Банкѣ 1786 г. имѣній продавать ихъ съ разрѣшенія Банка и съ переходомъ долга на покупателя, не смотря на то, что имѣніе находилось подъ запрещеніемъ, и что послѣднее не снималось [1]). Позже постановленіе было распространено на имѣнія, заложенныя въ учрежденіяхъ, подвѣдомственныхъ Опекунскимъ Совѣтамъ [2]) и отдающихъ извѣстныя суммы подъ обезпеченіе недвижимости. Дальнѣйшимъ шагомъ въ этомъ направленіи было разрѣшеніе устанавливать второе залоговое право на имѣніе, уже заложенное въ Заемномъ Банкѣ [3]) на основаніи новыхъ правилъ 1824 г.; и это расширеніе правомочій залогодателя коснулось впослѣдствіи также залоговъ въ Приказахъ Общественнаго Призрѣнія [4]) и Опекунскихъ Совѣтахъ [5]). Названныя установленія получили право тогда выдавать собственникамъ заложенныхъ участковъ копіи [6]) съ залоговыхъ свидѣтельствъ, для представленія ихъ при перезалогѣ того же имѣнія по договорамъ съ казной [7]). При этомъ кредитное учрежденіе сохраняло первенствующее мѣсто

---

1) См. Манифестъ объ учрежденіи Государственнаго Заемнаго Банка 28 іюня 1786 г. (16407) п. 9. — Ср. еще впослѣдствіи законъ 1828 г. (2348) п. 11.

2) Ср. ук. 28 ноября 1803 г. (21059), 1 апрѣля 1815 г. (25816), 3 февраля 1835 г. (7826).

3) Раньше еще былъ разрѣшенъ перезалогъ по откупамъ указомъ 10 февраля 1810 г. (24129) и также относительно имѣній, заложенныхъ въ Опекунскихъ Совѣтахъ указомъ 29 декабря 1815 г. (26054).

4) Уставъ 4 іюня 1824 г. (29940). См. ст. 25, 52, 76, 105. — Уставъ 1786 г. впрочемъ, какъ будто, предполагаетъ уже возможность такихъ перезалоговъ и оговариваетъ себѣ преимущество. П. С. З. 16481 ст. 54. — Ср. еще указъ 1833 г. (6526) п. 3 lit. b.

5) См. законъ 31 іюня 1822 г. (29148).

6) См. въ Сводѣ Законовъ 1842 г. въ Уставѣ кредитныхъ установленій узаконенія, приведенныя подъ ст. 1193.

7) См напр. ук. 1829 г. въ П. С. З. 3076 и 3121.

въ случаѣ просрочки, и дальнѣйшій залоговой долгъ удовлетворялся только по погашеніи старѣйшаго требованія на основаніи принципа: prior tempore, potior jure [1]).

Не безинтересно замѣтить, что только одни государственныя учрежденія пошли по этому новому пути, а частныя лица, какъ видно, не рѣшались развязывать руки своимъ должникамъ: въ уставахъ банковъ Анфилатова и Савина, напримѣръ, залогодателю не разрѣшалась по прежнему продажа заложеннаго имущества [2]).

Въ 1862 г.[3]) и въ 1863 г.[4]), какъ извѣстно, воспослѣдовало общее разрѣшеніе закладывать по любому долгу имѣнія, уже заложенныя въ государственныхъ кредитныхъ учрежденіяхъ. Мы увидимъ въ слѣдующей главѣ, что неясность редакціи этихъ законовъ оказала услугу развитію нашего залоговаго права, благодаря возможности экстенсивнаго толкованія. Здѣсь нужно только напомнить, что съ этими узаконеніями совпадаетъ временный — какъ это теперь [5]) обнаружилось — выходъ государства изъ роли поземельнаго залогодержателя по кредитнымъ сдѣлкамъ [6]). Ини-

---

1) См. узаконенія, указанныя выше на стр. 343 въ прим. 3 и 4.

2) См. указъ 29 октября 1809 г. (23942) § 27 и указъ 28 декабря 1818 г. (27603) ст. 6. Продажа имущества, заложеннаго въ банкѣ Анфилатова, была допущена лишь въ 1863 г. (40402).

3) Высочайше утвержденное мнѣніе Госуд. Совѣта 12 февраля 1862 г. (37970), Ш. Разрѣшить недвижимыя имущества, заложенныя въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ, какъ населенныя, такъ и ненаселенныя, съ вѣдома сихъ установленій, отдавать, сверхъ того, въ залогъ частнымъ утвержденіямъ и лицамъ . . .

4) Высочайше утвержденное мнѣніе Госуд. Совѣта 11 ноября 1863 г. (40259). О разрѣшеніи владѣльцамъ заложенныхъ въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ домовъ . . . отдавать оные въ залогъ частнымъ учрежденіямъ и лицамъ.

5) Послѣ учрежденія Дворянскаго и Крестьянскаго Банковъ.

6) Указъ 31 мая 1860 г. (35847) закрывалъ Заемный Банкъ и предпи-

ціатива въ этомъ дѣлѣ была тогда предоставлена частнымъ предпріятіямъ:. стали возникать городскія кредитныя общества и земельные банки. Въ своихъ уставахъ [1]) они рецепировали залоговыя свидѣтельства и разрѣшали залогодержателямъ дальнѣйшія распоряженія заложенными участками; другими словами, они стали примѣнять старые институты, выработанные государственной властью въ то время, когда она выступала въ качествѣ ипотечнаго кредитора.

Понятно, что при подобнымъ поворотѣ въ исторіи нашего залога запрещеніе лишилось характера, ему первоначально присвоеннаго, т. е. характера безусловнаго препятствія къ отчужденію недвижимости.

Въ 1738 г. [2]) мы встрѣчаемся съ первой нормировкой формальнаго установленія такого ограниченія права распоряженія недвижимостью. Когда оно не вытекало уже изъ залога, оно преимущественно служило обезпеченіемъ безспорнымъ денежнымъ требованіямъ [3]) или правамъ взысканія, уже признаннымъ подлежащими удовлетворенію [4]). Запрещеніе должно было быть наложено [5]) на опредѣленную недвижимость; при невозможности точнаго обозначенія допускались однако и общія запрещенія [6]) на все недвижимое имущество должника или отвѣтчика, но въ размѣрѣ извѣст-

---

сывалъ ликвидацію ссудныхъ дѣлъ въ Сохранной Казнѣ и Приказахъ общественнаго призрѣнія.

1) См. указъ 4 іюня 1861 г. (37199) ст. 21; 6 февраля 1862 г. (37950) ст. 114; 20 мая 1864 г. (40898).

2) Указъ 8 іюня (7594) п. 10.

3) См. Уставъ о банкротахъ 1800 г. (19692) ч. II ст. 57.

4) Ср. учр. о губ. 1775 г. (14392) ст. 98; и кромѣ того ук. 9 января 1758 г. (10788) гл. XIV п. 6 и 30 апрѣля 1800 г. (19402).

5) Указъ 17 августа 1797 г. (18098).

6) Ср. узаконенія, приведенныя подъ ст. 2850 Зак. гражд. въ Сводѣ 1832 г.

ной суммы. Это, такъ сказать, судебная ипотека въ самомъ первоначальномъ видѣ: для удержанія извѣстной стоимости недвижимаго объекта, изъ которой кредиторъ долженъ получить удовлетвореніе, объектъ этотъ временно изъемлется изъ оборота, такъ что распоряженіе участкомъ, на которомъ лежитъ запрещеніе, возможно лишь по удовлетвореніи денежнаго интереса [1]) лица, по просьбѣ котораго наложено запрещеніе [2]). Обезпечительная гарантія, конечно, не пострадала бы, если бы ей была придана абсолютная сила; тогда запрещеніе, какъ дѣйствительное ограниченіе въ правѣ распоряжаться недвижимостями, примѣнялось бы у насъ въ XVIII вѣкѣ лишь какъ предварительная мѣра при конфискаціи [3]), или какъ цѣлесообразное средство, чтобы предохратить спорное [4]) имѣніе отъ продажи и отъ связаннаго съ ней систематическаго разоренія со стороны временнаго хозяина.

Но въ этой стадіи развитія нашего права переходъ имущества къ третьему субъекту съ обремененіемъ въ пользу лица, по отношенію къ которому пріобрѣтатель не являлся обязаннымъ, считалось тогда неумѣстнымъ. Сенатъ неоднократно напоминалъ мѣстнымъ учрежденіямъ о недопустимости перехода недвижимости вмѣстѣ съ обремененіемъ къ

---

1) Ср. указъ 1773 г. (14049).

2) Допускалось, разумѣется, перенесеніе запрещенія отъ одного имѣнія на другое. См. напр. ук. 1805 г. (21622) и 1810 г. (24102).

3) Ср. ук. 8 марта 1751 г. (9838) и 1 марта 1755 г. (10072).

4) Ср. напр. указъ 27 января 1798 г.; при этомъ имѣніе часто бралось въ казенный присмотръ. См. указъ 1815 г. (25815). Для нынѣшняго права ср. ст. 610 У. Г. С. и Сенатское рѣшеніе 1870 г. № 1885.— Спорное имѣніе, какъ таковое, могло быть отчуждено, но Уложеніе уже признало, что истецъ имѣлъ право отыскать присужденную ему вещь въ рукахъ третьяго лица. Гл. X ст. 214; это было повторено указомъ 20 сентября 1809 г. (23851).

новому пріобрѣтателю, строго воспрещалъ совершеніе купчей крѣпости на имѣніе подъ запрещеніемъ даже когда покупщикъ изъявлялъ желаніе о взятіи на себя такого долга [1]).

Обезпечительное запрещеніе, лишенное такимъ образомъ абсолютнаго характера, не имѣло и другой черты, которую мы привыкли обыкновенно связывать съ залогомъ: запрещеніе не создавало преимущественнаго права на удовлетвореніе въ пользу даннаго лица [2]): кредиторы, притязанія которыхъ еще не снабжены такимъ запрещеніемъ, конкурируютъ съ требованіемъ, обезпеченнымъ въ такой формѣ. Нигдѣ нѣтъ слѣдовъ, что запрещеніе давало право управомоченному лицу удовлетвориться раньше другихъ изъ стоимости участка; только для казны упоминается объ одной особенности: ея оглашенныя требованія удовлетворялись раньше, чѣмъ требованія частныхъ лицъ, возникшія послѣ наложенія запрещенія отъ ея имени [3]).

Въ дѣйствующемъ правѣ [4]) у насъ до сихъ поръ запрещеніе, въ роли обезпечительной мѣры, лишено исключительной силы, такъ что не можетъ быть рѣчи у насъ о судебной ипотекѣ въ томъ смыслѣ, въ какомъ она существуетъ на западѣ. Но другая функція вещнаго обремененія, абсолютная сила права истца, стала постепенно развиваться у насъ по мѣрѣ того, какъ казна въ роли залогодержателя начала разрѣшать распоряженія заложенными ей недвижимостями, не смотря на то, что онѣ находились

1) См. ук. 14 февраля 1805 г. (21622), 24 января 1810 г. (24102) и 29 сентября 1823 г. (29620).

2) Это вытекаетъ изъ ст. 70, 71, 76, 74 ч. II Устава о банкротахъ.

3) Ср. ст. 77 и 78 ч. II Устава о банкротахъ.

4) См. Сводъ Законовъ т. XVI ч. 2 Суд. Гражд. ст. 509 сл. — Уст. Суд. Торг. ст. 596 сл., ср. также рѣшеніе Сената 1878 г. № 58.

подъ запрещеніемъ въ размѣрѣ выданной ссуды. Такимъ образомъ, благодаря залогу въ государственныхъ кредитныхъ учрежденіяхъ, а также и залогу по договорамъ съ казной, о которомъ будетъ рѣчь ниже, образовался новый видъ обремененія: запрещеніе менѣе злостнаго характера, если можно такъ выразиться, запрещеніе, которое уже не ограничиваетъ права распоряженія собственника и роль котораго сводится только къ оглашенію извѣстнаго уменьшенія стоимости даннаго участка. Такое запрещеніе равнялось отмѣткѣ въ германскомъ Grundbuch и только названіе его напоминало прежнее безусловное пріостановленіе права распоряженія собственника.

Когда нашъ законодатель въ срединѣ нынѣшняго столѣтія счелъ нужнымъ охранять [1]) пріобрѣтателя арендованнаго участка отъ невыгодныхъ послѣдствій, которыя имѣетъ для него фактъ полученія арендныхъ денегъ впередъ продавцомъ, онъ назвалъ по старой памяти предписанную крѣпостную формальность запрещеніемъ, но тутъ же оговорился, что оно здѣсь не можетъ служить препятствіемъ къ отчуждательной сдѣлкѣ: запрещеніе означаетъ здѣсь только предвареніе объ уменьшеніи стоимости даннаго участка.

Мы видѣли, что законы 1862 г. и 1863 г. дали поводъ къ общему расширенію правъ залогодержателя, но эти узаконенія смягчили только запрещеніе, вытекающее изъ залоговой сдѣлки, и не коснулись обезпечительныхъ запрещеній по искамъ безъ залоговъ [2]). Составители Положенія о нотаріальной части пошли далѣе; они предлагали въ

---

1) См. указъ 14 октября 1835 г. (8476).
2) См. законъ 12 февраля 1862 г. (37970), Ш п. 3.

первоначальномъ проектѣ упрощеніе и объединеніе этихъ явленіи въ формѣ общаго уничтоженія запретительной системы и замѣны ея соотвѣтствующими отмѣтками, вносимыми въ крѣпостной реестръ [1]). Эта мысль была отвергнута въ окончательной редакціи проекта, такъ какъ она выходила, повидимому, изъ предѣловъ задачи, возложенной на коммиссію [2]). Прежняя запретительная система осталась [3]) въ силѣ и была, какъ извѣстно, измѣнена лишь въ 1889 г. [4]). Но тѣмъ не менѣе въ Положеніи о нотаріальной части въ ея нынѣшней редакціи остался слѣдъ этой первоначальной мысли; изъ ст. 182 видно, что въ глазахъ составителей вносимое въ реестръ запрещеніе [5]), какъ таковое, не служитъ поводомъ къ ограниченію права распоряженія и что послѣдняя функція возлагается на запрещеніе только тогда, когда она именно устанавливается съ опредѣленной цѣлью воспрепятствовать переходу недвижимости въ другія руки [6]).

Прежде чѣмъ закончить обзоръ того вліянія, которое имѣла на развитіе нашего залоговаго права нормировка государственнаго хозяйства, слѣдуетъ еще остановиться на залогѣ по откупамъ, подрядамъ и поставкамъ частныхъ

---

1) Проектъ положенія о нотаріальной части, выработанный II Отдѣленіемъ Соб. Е. И. В. Канцеляріи, ст. 40 и 151 прим.

2) См. соображенія коммиссіи Высочайше утвержденной 11 января 1865 г. для работъ по преобразованію судебной части, стр. 43.

3) См. Положеніе о нот. части ст. 179, 154 прим. 2.

4) Законъ 26 іюня 1889 г. (6131). Ср. Отчетъ по Госуд. Совѣту за 1889 г., стр. 529 сл.

5) Положеніе о нотаріальной части ст. 184.

6) „Отмѣтки въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ объ ограниченіи права собственности на отчуждаемое недвижимое имущество не препятствуютъ утвержденію акта о переходѣ этого права, если ограниченіе не состоитъ въ прямомъ запрещеніи". Ср. еще Временныя правила и формы для руководства торговыхъ судей и старшихъ нотаріусовъ при примѣненіи положенія о нот. части 1867 г., ст. 99.

лицъ съ казной. Послѣдняя выступаетъ въ этихъ случаяхъ также въ роли кредитора, но обезпечиваемое требованіе вытекаетъ здѣсь не изъ займа, а изъ locatio conductio и emtio venditionis. Въ этихъ правоотношеніяхъ именно обнаруживается тотъ второй видъ залога, который западное законодательство тщетно старается выдѣлить, какъ было раньше сказано при характеристикѣ Sicherheitshypothek, именно та обезпечительная сдѣлка, гдѣ вещная гарантія играетъ лишь добавочную роль и гдѣ на первомъ планѣ стоитъ личность даннаго контрагента, обязавшагося къ извѣстному дѣйствію, совершеніе котораго имѣется безусловно въ виду кредиторомъ. Здѣсь закладываемая недвижимость не служитъ помѣщеніемъ для капитала и отдаваемая въ закладъ движимость не имѣетъ значенія эквивалента выданной ссуды; вещное обезпеченіе призвано здѣсь предохранять только до *извѣстной степени* кредитора отъ вредныхъ послѣдствій неисполненія долга. Въ большинствѣ случаевъ въ виду объема подряда и поставки залогъ покрываетъ только часть возможнаго убытка для подрядодателя или заказчика, и эту отличительную черту данной формы залога можно прослѣдить въ нормировкѣ этихъ сдѣлокъ между частными лицами съ казной уже со средины прошлаго вѣка[1]): тамъ устанавливается лишь опредѣленное соотношеніе, признанное необходимымъ, между стоимостью обѣщанныхъ дѣйствій и стоимостью закладываемыхъ объектовъ, и это объясняется уже тѣмъ, что обыкновенно подрядчикъ или поставщикъ не могъ бы представить *полной* вещной гарантіи. Сдѣлка основана такимъ образомъ прежде всего на личномъ до-

1) Ср. ук. 31 іюня 1774 г. (14179) п.; 8 декабря 1776 г. (4544) п. 8; 12 декабря 1790 г. (16928).

вѣріи и если это довѣріе не оправдается, то наступаетъ, какъ при нарушеніи любого обязательства, неограниченная отвѣтственность должника потому, что нѣтъ главнаго основанія для сосредоточенія взысканія лишь на опредѣленныхъ объектахъ.

Такая расширенная отвѣтственность залогодателя по договорамъ подряда и поставки встрѣчается въ узаконеніяхъ [1]), нормирующихъ эти сдѣлки вплоть до Свода [2]) Законовъ и она до сихъ поръ принадлежитъ къ дѣйствующему праву [3]). Это отличіе отъ заимообезпечительнаго залога объясняется характеромъ сдѣлокъ, для которыхъ создается, въ видѣ добавочнаго момента, вещная гарантія. Если вникнуть въ основаніе этой отличительной черты, то сразу рушится обаятельная сила аргумента, выводимаго отсюда нашими современными юристами [4]) въ пользу расширенія отвѣтственности по всѣмъ залогамъ вообще: они ссылаются на примѣръ казны, какъ кредитора, окружившагося наиболѣе интенсивными средствами защиты, и предлагаютъ de lege ferenda приравнить въ этомъ отношеніи положеніе частныхъ залогодержателей. Но они, какъ видно, ясно не сознаютъ возможности двоякаго значенія залога и кромѣ того упускаютъ изъ виду, что казна выступаетъ здѣсь по сдѣлкамъ, гдѣ возможна Sicherheitshypothek, добавочная гарантія, а не вещное обезпеченіе съ исключеніемъ другого права взысканія. Отвѣтственность должника здѣсь шире не потому, что онъ

1) Ср. уже Регламентъ Камеръ-Коллегіи 23 іюня 1731 г. (5789) ст. 22 п. 6 и ст. 23.; указъ 31 іюля 1774 г. (14173); указъ 28 ноября 1818 г. (27582); указъ 14 іюля 1826 г. (467) п. 10.

2) Изд. 1832 г. гражд. законы ст. 2309. Ср. ук. 1838 г. (11313) § 161.

3) Зак. о суд. гражд. въ Т. XVI ч. 2 Свода Зак. ст. 512.

4) См. напр. Гантоверъ, Залоговое право стр. 93.

обязался передъ казной, а потому, что она вытекаетъ изъ характера сдѣлокъ, заключаемыхъ до начала XIX вѣка чаще всего съ казной и вслѣдствіе этого отдѣльно нормированныхъ [1]). Тамъ, гдѣ государство выступало и до сихъ поръ выступаетъ въ роли заимодателя, тамъ, какъ мы видѣли, личная отвѣтственность залогодателя большею частью не принималась въ расчетъ.

При разсмотрѣніи указовъ, касающихся залога по договорамъ, купли и найма съ казной, т. е. поставки, подряда и откупа, мы видимъ, что и здѣсь нашимъ законодательствомъ проводится принципъ необходимости продажи залога [2]) для удовлетворенія кредитора, и иногда даже принципъ спеціальности [3]).

По примѣру залога въ заемныхъ банкахъ тамъ вводится также предъявленіе залоговаго свидѣтельства, выдаваемаго крѣпостнымъ учрежденіемъ [4]). Мы видѣли, что имѣнія, заложенныя въ кредитныхъ установленіяхъ, могли быть заложены вторично по договорамъ съ казной [5]); дальнѣйшей стадіей въ этомъ развитіи является разрѣшеніе представлять въ обезпеченіе договора съ казной имущество, уже заложенное по другой сдѣлкѣ того же рода [6]). Такимъ путемъ и въ этихъ случаяхъ запрещеніе получаетъ зна-

1) Ср. еще залогъ при арендѣ казеннаго участка въ Уставѣ о казенныхъ оброчныхъ статьяхъ (въ Сводѣ Законовъ 1832 г.), ст. 70.

2) См. ук. 5 іюля 1821 г. (28676), 16 апрѣля 1824 г. (29871).

3) См. ук. 16 сентября 1807 г. (22623).

4) См. напр. указъ 6 окт. 1816 г. (26451), и узаконенія приведенныя подъ ст. 1025 Зак. гражд. въ Сводѣ Законовъ 1832 г.

5) Ср. указъ 17 сентября 1846 г. (20448) и 26 декабря 1849 г. (23775).

6) Ср. кромѣ вышеприведенныхъ еще ук. 12 іюля 1817 г. (26923) и 16 марта 1816 г. (26201).

ченія обремененіе недвижимости безъ прекращенія права распоряженія [1]).

На залоговомъ правѣ, какъ это вытекаетъ изъ настоящаго обзора, подтверждается созидательная работа нашего законодательства. Защита казенныхъ интересовъ не помѣшало государству заботиться и объ интересахъ частныхъ лицъ: параллельная нормировка правомочій залогодержателя и залогодателя повела къ постепенному и правильному развитію институтовъ. Здѣсь не было необдуманныхъ заимствованій изъ иностраннаго права, не было также увлеченій чисто теоретическими соображеніями. Существующія рамки мало по малу расширялись, но не разрушались, какъ это видно изъ удержанія старой терминологіи. Такое явленіе нельзя не признать отраднымъ, и можно пожелать, чтобы оно повторялось въ другихъ областяхъ нашего гражданскаго права.

---

1) См. по этому поводу справедливыя замѣчанія К. Ан—рова въ Юрид. Вѣстникѣ 1877 г. кн. 5 и 6: Къ вопросу о правѣ залога свободныхъ частей цѣнности заложеннаго имѣнія.

ГЛАВА VII.

Свойства залоговаго обремененія въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ.

Легальное опредѣленіе залога. — Расширеніе правомочій залогодателя. — Соотношеніе вещнаго и личнаго момента. — Возникновеніе залоговаго права; закладная крѣпость и залоговая подписка. — Зародыши судебной ипотеки. — Залогъ въ кредитныхъ установленіяхъ; ссуды на сельскохозяйственныя улучшенія и соловекселя Государственнаго Банка.

Въ нашемъ нынѣ дѣйствующемъ правѣ можно отыскать оффиціальное, такъ сказать, опредѣленіе залога, но не тамъ, гдѣ слѣдовало бы ожидать, не въ связи съ ученіемъ объ этомъ институтѣ въ 1 ч. X т. Тамъ указывается лишь на обезпечительную функцію залога [1]); опредѣленіе же выставлено какъ бы случайно въ Уставѣ Судопроизводства Торговаго по поводу сдѣлокъ in fraudem creditorum: изъ примѣчанія къ ст. 569 этого устава мы узнаемъ, что „залогъ есть не что иное, какъ отчужденіе права распоряженія, составляющаго нераздѣльную принадлежность права собственности". Не говоря уже о томъ, что эти слова не указываютъ на главное значеніе осуществленія залоговаго права и оста-

1) Ср. ст. 1554, 1587.

навливаются лишь на одномъ изъ послѣдствій этого обремененія, можно кромѣ того усмотрѣть въ этомъ неполномъ опредѣленіи положеніе, не соотвѣтствующее нынѣ дѣйствующему праву [1]). Современные земельные и земскіе банки, а также кредитныя общества, разрѣшаютъ залогъ уже заложенной недвижимости, такъ что лицо, ставшее по отношенію къ нимъ въ положеніе залогодателя, не лишается права распоряженія въ томъ смыслѣ, что можетъ подвергать свою недвижимость дѣйствію дальнѣйшихъ залоговыхъ сдѣлокъ [2]). Уставамъ этихъ кредитныхъ учрежденій предшествовали вышеупомянутыя узаконенія [3]), имѣвшія въ виду залогъ имѣній и домовъ, уже заложенныхъ въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ; цѣль эту по крайней мѣрѣ можно вывести изъ самаго заглавія [4]) соотвѣтствующихъ Высочайше утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта. Но самое содержаніе сихъ послѣднихъ даетъ поводъ къ распространительному толкованію, такъ какъ среди сдѣлокъ, которыя не должны считаться препятствіемъ къ дальнѣйшему залогу, упоминаются и за-

1) Впрочемъ оно и не соотвѣтствовало уже праву, дѣйствующему въ 1876 г., когда было издано узаконеніе, послужившее основаніемъ примѣчанію къ ст. 569 (П. С. З. 56466).

2) См. уставъ акціонерныхъ земельныхъ банковъ ст. 11; уставъ земскаго банка Херсонской губерніи ст. 26 прим. 2; уставъ С. Петербургскаго Кредитнаго Общества ст. 21; Положеніе о Государственномъ Дворянскомъ Банкѣ ст. 22.

3) 12 февраля 1862 г. (37970) и 11 ноября 1863 г. (40259).

4) 12 ноября 1863 г. О разрѣшеніи владѣльцамъ заложенныхъ въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ домовъ, торговыхъ бань и фабричныхъ строеній отдавать оные въ залогъ частнымъ учрежденіямъ и лицамъ. — Въ законѣ 12 февраля 1862 г. п. III гласитъ: Разрѣшить недвижимыя имущества, заложенныя въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ, какъ населенныя, такъ и ненаселенныя . . . . отдавать сверхъ того въ залогъ частнымъ учрежденіямъ и лицамъ, на слѣдующихъ основаніяхъ . . . .

кладныя крѣпости [1]), а послѣднія, какъ извѣстно, въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ замѣнялись предъявленіемъ свидѣтельства отъ крѣпостныхъ дѣлъ и залоговой подпиской, изъ чего можно было легко вывести заключеніе, что и залоговое право въ пользу частнаго лица не должно было лишать собственника права дальнѣйшаго залога. Вдобавокъ оказалось, что ст. 1215 Устава Гражданскаго Судопроизводства, упоминающая объ удовлетвореніи залогодержателей по старшинству закладныхъ, какъ будто подтверждала правильность этого вывода. Разъ говорится о старшинствѣ закладныхъ, то это предполагаетъ по крайней мѣрѣ наличность двухъ такихъ сдѣлокъ по поводу одной и той же недвижимости, при чемъ совершеніе второй изъ нихъ относится къ періоду времени, когда на эту недвижимость существовало уже залоговое право въ пользу частнаго лица. Но это совпаденіе скорѣе случайное и ст. 1215 Устава врядъ ли вызвана стремленіемъ согласоваться съ законами 1862 и 1863 гг. Изъ мотивовъ [2]) видно, что составители Устава Гражданскаго Судопроизводства не предполагали существованія у насъ ипотечнаго старшинства и они, редактируя названную статью, имѣли по всему вѣ-

1) 12 февр. 1862 г. III, 3) Акты сіи (которыми владѣлецъ заложеннаго кредитному установленію имѣнія обезпечиваетъ на семъ имѣніи долгъ свой частному учрежденію) не могутъ быть совершаемы, когда есть въ виду запрещенія или другія обстоятельства, препятствующія по дѣйствующимъ законамъ совершенію акта крѣпостнымъ порядкомъ; но долги государственнымъ кредитнымъ установленіямъ по первоначальному въ нихъ залогу имѣнія, отвѣтственность по выданнымъ для залога въ дѣлахъ съ казной копіямъ свидѣтельствъ и долги, обезпеченные закладными на то же имѣніе, а равно запрещенія по всѣмъ симъ долгамъ не служатъ препятствіемъ къ совершенію новой закладной. — Законъ 11 ноября 1863 г. содержитъ ссылку на содержаніе зак. 12 февр. 1862 г.

2) Къ ст. 1222 Уст. Гр. Суд: „Въ нашемъ гражданскомъ правѣ не существуетъ правилъ объ ипотекахъ или о старшинствѣ долговъ. . . .“

роятію въ виду ожидаемую тогда реформу нашего залоговаго права. Съ этой же точки зрѣнія должно быть объяснено происхожденіе ст. 183 Положенія о Нотаріальной Части [1]).

Практика однако, не смотря на эти несомнѣнныя основанія для распространительнаго толкованія, сначала не рѣшалась придавать названнымъ узаконеніямъ 1862 и 1863 гг. значеніе общаго расширенія правъ залогодержателя. Не только апелляціонные Департаменты [2]) Сената, но и кассаціонный [3]), признавали одно время, что запрещеніе по закладной въ пользу частнаго лица должно было считаться препятствіемъ къ дальнѣйшему залогу. Лишь въ новѣйшее время воспослѣдовало со стороны Сената уравненіе залоговыхъ сдѣлокъ въ томъ смыслѣ, что и послѣ залога въ частныя руки допускается дальнѣйшее обремененіе той же недвижимости [4]).

Нужно замѣтить, что законодательство послѣдняго времени, повидимому, сочувствуетъ такому расширенію правомочій залогодателей; стоитъ указать только на Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта 24 января 1884 г. [5]), которое въ ст. 2 разрѣшаетъ выдачу ссуды подъ соло-векселя и такимъ лицамъ, которыя представляютъ

---

1) „Послѣдующіе акты объ ограниченіяхъ права собственности утверждаются старшимъ нотаріусомъ и отмѣтки объ этихъ ограниченіяхъ вносятся въ реестръ крѣпостныхъ дѣлъ, не требуя на то согласія лицъ, въ пользу которыхъ имѣются ограниченія, если впрочемъ права сихъ лицъ не нарушаются ограниченіями послѣдующими".

2) Рѣшеніе общаго собранія первыхъ трехъ Департаментовъ и Департ. Герольдіи отъ 1868 г. № 397 (Сборникъ Ратькова-Рожнова II 1871).

3) 1877 г. № 314.

4) 1889 г. № 88.

5) П. С. З. 1980.

въ залогъ недвижимости, уже обремененныя запрещеніями въ пользу кредитныхъ установленій или закладными въ пользу частныхъ лицъ.

Относительно другаго вида распоряженій заложенной недвижимостью, относительно купли-продажи, слѣдуетъ прибавить, что въ уставахъ вышеназванныхъ кредитныхъ установленій [1]) допускается, какъ извѣстно, отчужденіе даннаго участка со стороны залогодателя, при чемъ покупщикъ пріобрѣтаетъ обремененную ипотечнымъ долгомъ вещь. Въ нѣкоторыхъ изъ уставовъ ипотечныхъ банковъ [2]) требуется для этого разрѣшеніе со стороны кредитнаго учрежденія. Но когда будетъ доказано, что въ отдѣльномъ случаѣ предполагаемая продажа не нарушаетъ интересовъ залогодержателя, трудно будетъ отказать контрагентамъ по куплѣ-продажѣ въ принудительныхъ средствахъ для проведенія отчужденія и помимо воли банка.

Уставъ Гражданскаго Судопроизводства [3]) предполагаетъ [4]), что и въ случаѣ публичной продажи недвижимости по искамъ другихъ кредиторовъ заемщика кредитнаго учрежденія, участокъ можетъ перейти къ покупщику съ банковымъ долгомъ, если только покупщикъ заявитъ на это согласіе [5]),

---

1) Ср. ст. 11 Устава акціонерныхъ земельныхъ банковъ; ст. 21 Устава С. Пет. Кредитнаго Общества. См. еще Уставъ С. Пет. Закладнаго Общества 4 Іюля 1861 г. (37200) ст. 67; Уставъ Товарищества Поземельнаго Банка 1866 г. (43268) ст. 47. Требуется только увѣдомленіе Банка.

2) См. Положеніе о Городскихъ Общественныхъ Банкахъ 1862 г. (37950) ст. 114.

3) Ст. 1184: Получивъ сіи объявленія (о публичной продажѣ) кредитное установленіе обязано немедленно увѣдомить мѣсто, при которомъ производится продажа, о суммѣ, слѣдующей къ переводу на покупщика, и о порядкѣ ея уплаты на условіяхъ сдѣланнаго займа.

4) Здѣсь несомнѣнное новшество Устава; ср. ст. 1283 2 ч. X тома по изд. 1876 г.

5) О правахъ банка въ случаѣ непокрытія долга продажей участка

такъ что запрещеніе по залогу и здѣсь не снимается, а имѣніе вмѣстѣ съ нимъ переходитъ къ третьему лицу. Сенатъ [1]) даже расположенъ [2]) примѣнять эту статью и къ имѣніямъ, заложеннымъ въ частныя руки, когда они по личнымъ взысканіямъ назначаются къ продажѣ до наступленія срока, обозначеннаго въ закладной [3]). Такимъ образомъ создается возможность довольно страннаго явленія: добровольная продажа участка, заложеннаго въ частныя руки, должна считаться невозможной, но если личные кредиторы владѣльца предъявятъ свои требованія ко взысканію и наступитъ публичная продажа, то закладная можетъ остаться въ силѣ и распространить свое дѣйствіе на новаго владѣльца. Впрочемъ Сенатъ, какъ видно, склоненъ [4]) къ признанію дѣйствительности добровольныхъ отчужденій заложенной недвижимости съ сохраненіемъ залоговаго обремененія по закладной: такъ напр. по поводу иска залогодержателя на участокъ, перешедшій посредствомъ купли-продажи отъ залогодателя къ третьему лицу, Сенатъ однажды призналъ, что взысканіе должно быть обращено на новаго владѣльца, независимо отъ вопроса о недѣйствительности отчуждательной сдѣлки [5]). Здѣсь — вопреки ст. 1458

по частнымъ взысканіямъ, см. издаваемый Коммитетомъ съѣздовъ представителей учрежденій земельнаго кредита Уставъ акц. зем. банковъ (изд. 1886 г.) стр. 159 сл.

1) 1878 г. № 248.

2) Очевидно на основаніи ст. 1185 Устава Гражд. Судопроизводства.

3) Ср. ст. 1187 и 1068 Устава; въ случаѣ отказа покупщика принятія на себя долга и при недостаточности предложенной цѣны на переторжкѣ положеніе залогодержателя можетъ сдѣлаться критическимъ. Ср. по этому поводу разногласіе между Верблювскимъ (Журн. Гр. и Угол. Права 1883 г. II прил. стр. 159) и Змирловымъ (Юрид. Вѣстникъ 1885 г. I стр. 156 сл.).

4) 1877 г. № 59.

5) Изъ приведеннаго рѣшенія Сената не видно, какимъ образомъ

Свода гражданскихъ законовъ — несомнѣнная попытка снабдить наше залоговое право той абсолютной силой, которая ему присвоена въ римскомъ правѣ. И здѣсь обнаруживается новый шагъ впередъ, благодаря усиліямъ судебной практики, которая въ области залоговаго права старается завершить работу нашего законодательства [1]).

Мы видѣли выше, что ограниченіе права распоряженія залогодателя вытекаетъ изъ уцѣлѣвшихъ слѣдовъ прежняго залоговаго присвоенія [2]). Сенатъ же стремится къ искорененію этого начала, насколько позволяютъ дѣйствующіе законы, и въ своемъ стремленіи провести принципъ обязательной продажи, какъ болѣе соотвѣтствующаго потребностямъ оборота онъ между прочимъ воспрещаетъ lex commissaria даже по отношенію къ движимому имуществу, хотя у насъ продажа з а к л а д а поставлена въ зависимость отъ желанія должника и не считается безусловной обязанностью закладодержателя [3]).

Выше было упомянуто о соотвѣтствующемъ ограниченію правъ залогодателя воспрещеніи передавать закладныя по надписямъ. Это положеніе Устава о банкротахъ выставляется въ дѣйствующемъ правѣ до такой степени категорически [4]), что Сенатъ [5]), не смотря на благопріятное

было упущено изъ виду запрещеніе, лежащее на имѣніи при совершеніи купчей крѣпости.

1) Ср. pia desideria въ Отчетѣ о дѣйствіяхъ коммиссіи для устройства земскихъ банковъ IV (1859 г.) стр. 137.

2) Оставленіе вещи у кредитора послѣ просрочки — явленіе весьма распространенное и по нынѣ въ обычномъ правѣ. См. П а х м а н ъ. Обычное право I стр. 92.

3) 1869 г. № 53.

4) Ст. 1653, 1678 1 ч. X Тома.

5) См. напр. 1870 г. № 678.

настроеніе юридической литературы [1]), не рѣшался путемъ толкованія открыть возможность передачи залоговыхъ правъ. Лишь въ теченіе нынѣшнаго года воспослѣдовало — если вѣрить Судебной Газетѣ [2]) — рѣшеніе кассаціоннаго Департамента, которое разсматриваетъ воспрещеніе ст. 1653 какъ положеніе, изданное исключительно въ интересахъ собственника-залогодателя, и признаетъ, что разрѣшеніе со стороны послѣдняго уполномочиваетъ залогодержателя къ передачѣ залоговаго права.

Изъ всего этого явствуетъ, что нашъ современный залогъ уже потому не можетъ соотвѣтствовать опредѣленію ст. 569 У. С. Торг., что онъ находится еще въ періодѣ развитія и что его отличительные моменты въ настоящее время не успѣли еще установиться. Тѣмъ не менѣе у насъ въ литературѣ [3]) принято признавать безусловно за нашимъ залоговымъ правомъ характеръ акцессорнаго правоотношенія. Если этимъ выражается только то, что залоговое право имѣетъ въ виду защиту опредѣленнаго денежнаго интереса [4]), то возражать противъ этого, конечно, нѣтъ основаній; но если здѣсь предполагается въ нашемъ законодательствѣ явленіе тождественное съ римской придаточностью, то будетъ, можетъ быть, не лишне остано-

---

1) Ср. статьи Гурлянда и Пальховскаго въ Суд. Вѣстникѣ 1873 г. № 204 и 1876 г. №№ 106, 107.

2) 1898 г. № 29 въ судебной хроникѣ.

3) Ср. напр. Гантоверъ, Залоговое право стр. 119. Изъ прежней литературы см. Терлаичъ, Краткое руководство къ познанію частнаго права Россіи (1810 г.) II стр. 53; Крапихфельдъ, Начертаніе россійскаго гражд. права (1843 г.) стр. 265. — Странное опредѣленіе въ Судебномъ Вѣстникѣ 1876 г. № 55, Общее обозрѣніе.

4) См. ст. 1554, 1587.

виться на вопросѣ о соотношеніи требованія и вещнаго обезпеченія по нашему праву.

Акцессорность, въ смыслѣ параллельности обоихъ правомочій и въ смыслѣ воздѣйствія участи перваго изъ нихъ на осуществимость втораго, можетъ быть найдена у насъ въ крайнемъ случаѣ только при залогѣ по договорамъ съ казной, гдѣ вещное обезпеченіе играетъ роль придаточнаго момента и не лишаетъ личный искъ его обычной функціи. Но если мы обратимся къ залогу между частными лицами, то мы встрѣтимся тамъ съ образцами, выставленными X-мъ томомъ[1]), какъ съ прототипами вещнаго обезпеченія, а именно съ залогомъ посредствомъ закладной крѣпости или домоваго заемнаго письма. Сенатская практика въ послѣднее время стала допускать возможность дѣйствительнаго залога между частными лицами и внѣ этихъ формальныхъ рамокъ[2]). Это стремленіе вызвано желаніемъ расширить понятіе о залогѣ; но нотаріальныя учрежденія до сихъ поръ расположены считать дѣйствительнымъ залогъ между частными лицами лишь въ формѣ заемнаго обязательства съ вещнымъ обезпеченіемъ[3]). Этотъ взглядъ по крайней мѣрѣ уже давно укоренился въ нашихъ правовыхъ воззрѣніяхъ и даже составители Уставовъ остались ему вѣрными[4]). Такимъ образомъ вѣроятно, что и до настоящаго времени въ жизни, для обезпеченія вещнымъ моментомъ какого-либо обязательства, приходится превращать послѣднее въ заемный долгъ. Этотъ интересный видъ novatio современнаго русскаго права

---

1) См. Приложенія къ ст. 1643, 1669, 1673.
2) 1889 г. № 4.
3) Ср. Мейеръ, Русское гражд. право (1894 г.) стр. 416.
4) См. мотивы къ ст. 1185 Уст. Гр. Суд.

представляетъ ту особенность, что это первоначальное обязательство вслѣдствіе совершенія закладной крѣпости облекается не въ обыкновенную заемную сдѣлку, а въ заемъ sui generis, отличительная черта котораго состоитъ въ томъ, что по этому займу нѣтъ обыкновеннаго взысканія, обращаемаго вообще на все имущество должника, а дано только право, вытекающее изъ вещнаго обезпеченія и въ силу котораго кредиторъ удовлетворяется изъ опредѣленной вещи. Пропажа [1]) послѣдней или недовыручка путемъ продажи прекращаютъ всякую долговую связь между контрагентами. Здѣсь такимъ образомъ не можетъ быть рѣчи объ акцессорности въ смыслѣ параллельности двухъ исковъ, такъ какъ личное взысканіе устранено. Но особенность заемнаго обязательства залогодателя высказывается еще въ томъ, что закладная приравнена къ крѣпостному заемному письму, безденежность котораго не можетъ быть доказана [2]). Сенатъ [3]) и въ данномъ случаѣ старается проводить новую точку зрѣнія въ интересахъ должника, отрицая значеніе ст. 2015 для крѣпостныхъ заемныхъ писемъ съ вещнымъ обезпеченіемъ. Но такое тѣсное толкованіе ст. 2012 врядъ ли удобно уже потому, что въ другомъ мѣстѣ законъ [4]), а иногда даже самъ Сенатъ [5]), распространяютъ ученіе о заемныхъ письмахъ на закладныя сдѣлки. Еще менѣе удачнымъ можно назвать ссылку Сената [6]) на ст. 555 Устава

1) Ср. ст. 1676 1 ч. X т. Такія событія, какъ обвалъ одесскаго берега, могутъ лишить и залогодержателя недвижимости слѣдующаго ему удовлетворенія.

2) Ст. 2015 1 ч. X тома.

3) 1888 г. № 70.

4) Ср. ст. 1649 1 ч. X тома.

5) 1869 г. №№ 145, 146, 147.

6) 1896 г. № 93.

Судопроизводства Торговаго, которая имѣетъ въ виду сдѣлки in fraudem creditorum. Ясно, что и закладныя могутъ быть въ этомъ смыслѣ признаны безденежными; но это не предрѣшаетъ случая, гдѣ лицо, участвующее въ сдѣлкѣ, т. е. должникъ, ссылается на ея безденежность, т. е. на фактъ неполученія денегъ, упомянутыхъ въ актѣ.

Нашъ законъ [1]) говоритъ, что заемъ не почитается безденежнымъ, когда заемное письмо выдано по договору найма или купли, другими словами, что изъ займа, служащаго обновленіемъ другому дѣйствительному договору, можетъ быть допущено взысканіе; и это означаетъ, что когда обновленное такимъ путемъ обязательство окажется недѣйствительнымъ, то и заемъ, его замѣнившій, также будетъ считаться недѣйствительнымъ или безденежнымъ. Но въ тѣхъ случаяхъ, когда заемное письмо совершено крѣпостнымъ (или нынѣ нотаріальнымъ) порядкомъ, то исключены всѣ возраженія должника, имѣющія цѣлью доказать отсутствіе полученія денегъ или отсутствіе всякой другой causa debendi, т. е. отсутствіе обновленнаго обязательства, вытекающаго изъ купли-продажи, найма и т. д.

Если мы примѣнимъ теперь это положеніе къ займу по закладной, то мы найдемъ тамъ заемное требованіе и обязанность уплатить извѣстную сумму, но обязанность облеченную въ форму отвлеченнаго обязательства, возникновеніе котораго не можетъ быть оспариваемо, такъ что здѣсь противъ обязательства нѣтъ такихъ возраженій, которыя могли бы имѣть ограничительное воздѣйствіе и на вещное обезпеченіе. Нельзя вслѣдствіе этого по отношенію

1) Ст. 2017 1 ч. X тома.

къ такому залогу говорить объ акцессорности въ смыслѣ подчиненія одного правоотношенія другому, особенно если стать на точку зрѣнія Сената [1]), который не допускаетъ внесенія какихъ бы то ни было суспенсивныхъ или резолютивныхъ условій въ закладную.

Актъ, устанавливающій залогъ, вмѣстѣ съ тѣмъ создаетъ безусловное обѣщаніе уплатить извѣстную сумму, и единственныя событія, которыя могутъ впослѣдствіи повліять на это обѣщаніе, какъ уплата или отсрочка, должны быть внесены въ самую закладную; и такое положеніе означаетъ, что возраженія, изъ нихъ возникающія, только тогда уничтожаютъ данное обѣщаніе, когда они поставлены въ непосредственное соприкосновеніе съ вещнымъ обезпеченіемъ [2]). Все это очень мало подходитъ подъ понятіе объ акцессорности; получается, наоборотъ, впечатлѣніе, что при передаваемости закладной наше право имѣло бы подвижной и въ высшей степени отвлеченный залогъ, которому бы позавидовали на западѣ всѣ горячіе сторонники мобилизаціи поземельной собственности.

Если такимъ образомъ придаточность въ римскомъ смыслѣ нельзя считать характернымъ моментомъ для опредѣленія свойства нашего залоговаго права, то придется, можетъ быть, искать его отличительную черту въ другомъ понятіи. Въ литературѣ былъ уже давно [3]) высказанъ

---

1) Рѣшеніе 13 января 1856 г. въ Сборникѣ рѣшеній Прав. Сената II (1835–1864 гг.) I № 519.

2) См. ст. 1650 и 2040 1 ч. X т.

3) См. уже Энгельманъ, О пріобрѣтеніи права собственности на землю, стр. 150; ср. также Шмигельскій въ Журн. Мин. Нар. Просвѣщенія 1875 г. ч. CLXXX стр. 8 и Верблювскій, Суд. Вѣстникъ 1876 г. № 55.

взглядъ на нашу закладную, какъ на актъ, устанавливающій чисто личную связь между контрагентами, въ виду того, что учреждаемое ею правомочіе осуществляется между двумя опредѣленными лицами, безъ возможности сингулярнаго преемства въ правовомъ положеніи одного или другого. Противъ этого можно возразить, что неразрѣшеніе передачи залоговаго права со стороны активнаго субъекта не говоритъ противъ вещнаго характера, такъ какъ нѣкоторыя правомочія, причисляемыя романистами къ категоріи вещныхъ правъ, какъ напр. сервитуты, не могутъ служить предметомъ отчужденія. Болѣе вѣскимъ, конечно, является аргументъ, выведенный изъ неотчуждаемости заложеннаго объекта, вслѣдствіе которой — по крайней мѣрѣ принципіально — обладателемъ является всегда закладчикъ или его наслѣдникъ. Но даже помимо развитія нашего законодательства въ новѣйшее время и помимо стремленія нашей практики, можно тѣмъ не менѣе и при прежнемъ безусловномъ дѣйствіи системы 1800 г. найти случаи, гдѣ право изъ закладной будетъ осуществляться въ видѣ абсолютнаго права. Представимъ себѣ заложенный участокъ, который посредствомъ давности сдѣлался собственностью третьяго лица; впослѣдствіи же наступаетъ срокъ уплаты капитала, тогда какъ проценты до того времени исправно вносились залогодателемъ. Неисполненіе главнаго обязательства даетъ залогодержателю право направлять свое взысканіе не противъ должника, а противъ обладателя вещи и это взысканіе получитъ здѣсь характеръ вещнаго права.

Оставляя даже въ сторонѣ такое сравнительно рѣдкое явленіе [1]), можно отмѣтить по поводу каждаго залога

1) Оно однако предвидится 1 ч. X тома въ ст. 3 приложенія къ ст. 694.

черты вещнаго правоотношенія: когда по просрочкѣ долга залогодержатель требуетъ передачи ему недвижимости для владѣнія и пользованія [1]), то могутъ возникнуть случаи, гдѣ по отношенію къ третьимъ лицамъ, препятствующимъ осуществленію его правомочій, искъ его будетъ отнюдь не личнаго характера, а наоборотъ обнаружитъ моменты, которые въ теоріи принято связывать съ понятіемъ о вещныхъ правахъ [2]).

Подтвержденіе личнаго характера залога усматривается у насъ обыкновенно въ ст. 1458 1 ч. X тома, изъ которой вытекаетъ, что отчужденіе имѣнія, совершенное вопреки запрещенію, установленному по опредѣленному долгу [3]), будетъ все-таки считаться дѣйствительнымъ, но за то залогодержатель лишается вещнаго обезпеченія и имѣетъ только личный искъ къ продавцу и къ должностнымъ лицамъ, виновнымъ въ упущеніи. Залоговое право, вмѣсто того чтобы распространить свое дѣйствіе на преемника, совсѣмъ прекращается. Такое явленіе съ точки зрѣнія романистическаго ученія равносильно признанію личнаго характера правоотношенія. Но для пониманія данной статьи нужно имѣть въ виду соображенія нашего законодателя, о которыхъ была рѣчь выше. Законъ у насъ предполагалъ, что никто не расположенъ пріобрѣтать уже заложенное иму-

1) Т. XVI ч. 2 Свода, Законы о Суд. Гражд. ст. 615 сл.

2) Ср. въ этомъ смыслѣ Дегай, О заемныхъ актахъ (1824 г.) I стр. 21; Кукольникъ, Начальныя основанія россійскаго права (1813 г.) I.

3) Когда запрещеніе наложено только съ цѣлью предотвратить отчужденіе и связано съ секвестромъ, то купля-продажа безусловно недѣйствительна, если она совершена вопреки существующему запрещенію. См. ст. 1415. — Контрастъ между этой статьей и ст. 1458 яснѣе обнаруживается въ изд. 1832 г. между ст. 883 и 921, которыя обѣ основаны на зак. 24 мая 1826 г. (365).

щество и считалъ нужнымъ предупреждать покупателей путемъ запрещенія. Государственная власть съ своей стороны довѣряетъ тѣмъ органамъ, которые обязаны заботиться о наложеніи этого запрещенія и имѣть его въ виду, когда возникаетъ мысль объ отчужденіи даннаго участка; бдительность этихъ органовъ предполагается и считается достаточной гаранті́ей для того, чтобы подобныя отчужденія не имѣли мѣста. Но если вопреки ожиданіямъ эти должностныя лица нарушатъ свою обязанность, защита, предоставляемая третьему лицу, не должна быть иллюзорной; такъ какъ покупатель ничего не зналъ о состоящемъ запрещеніи по залогу, купля-продажа окажется дѣйствительной и онъ пріобрѣтетъ имущество, свободное отъ долга. Это не что иное, какъ побѣда момента гласности надъ матеріальнымъ правомъ; и на Западѣ при книжной системѣ залоговое право, о которомъ не было отмѣтки въ реестрѣ, считается не существующимъ для добросовѣстнаго пріобрѣтателя [1]).

Запрещеніе въ нашей залоговой системѣ, основанной на закладной крѣпости, является необходимымъ спутникомъ ипотеки и налагается въ интересахъ третьихъ лицъ, какъ предупрежденіе о состоявшемся уже обремененіи. Но самый актъ установленія залога содержится въ закладной и нашъ законъ — съ прежней точки зрѣнія — прямо рѣшаетъ, что, если установлены два залога на одно и то же имѣніе (что по X тому не допустимо), дѣйствительнымъ будетъ считаться залоговое право раньше возникшее, т. е. то залоговое право, которое содержится въ закладной, раньше совершенной [2]).

---

1) Это косвенно вытекаетъ изъ сопоставленія ст. 463 и 1700 Уложенія о наказаніяхъ.

2) Ст. 1630 п. 2.

При такой конструкціи запрещеніе не играетъ роли даже для опредѣленія старшинства [1]). Затруднительнымъ являлся на практикѣ вопросъ о томъ значеніи, которое должно быть усвоено запрещенію, налагаемому на недвижимость послѣ выдачи залоговаго свидѣтельства, вытребованнаго для залога въ кредитномъ учрежденіи [2]). Послѣднему, конечно, важно занять согласно уставу первое мѣсто, которое бы не было за нимъ обезпечено, если бы другіе кредиторы могли пріобрѣсти старшинство въ промежутокъ времени отъ момента выдачи свидѣтельства до предъявленія его въ кредитное учрежденіе. Сенатъ [3]) рѣшилъ, что старшинство въ пользу учрежденія считается со дня наложенія запрещенія по выдачѣ свидѣтельства старшимъ нотаріусомъ. Но опредѣленіе старшинства въ сущности не разрѣшаетъ вопроса объ опредѣленіи того момента, съ которымъ связано установленіе залога, какъ таковаго: при книжной системѣ предварительная отмѣтка также обезпечиваетъ старшинство въ пользу опредѣленнаго лица, но не создаетъ еще залоговаго права. У насъ наложеніе запрещенія послѣ выдачи свидѣтельства также не означаетъ еще, что данная недвижимость состоитъ въ опредѣленномъ залогѣ: неизвѣстенъ покамѣстъ размѣръ ипотечнаго обремененія; неизвѣстно еще, состоится ли вообще залогъ, такъ какъ кредитное учрежденіе можетъ отказаться отъ выдачи ссуды и собственникъ съ своей стороны можетъ отказаться отъ предъявленія свидѣтельства. Однимъ словомъ нѣтъ еще такого момента, изъ котораго можно было бы вывести окончательное согла-

1) Сенатъ 1893 г. № 36.
2) Ст. 192[1] Пол. о Нотаріальной Части.
3) 1893 г. № 53.

шеніе сторонъ относительно опредѣленнаго обезпеченія долга недвижимостью. Обремененіе послѣдней вытекаетъ изъ обмѣна волеизъявленій, который происходитъ въ кредитномъ учрежденіи при выдачѣ ссуды [1]). Росписка въ полученіи денегъ подъ обезпеченіе даннаго участка означаетъ со стороны ссудополучателя согласіе на обремененіе, а самая выдача при такихъ условіяхъ равняется выраженію желанія со стороны учрежденія пріобрѣсти вещное право. Обыкновенно уставами этихъ кредитныхъ учрежденій требуется еще выставленіе отдѣльнаго акта, т. н. залоговой подписки [2]), гдѣ закладчикъ изъявляетъ о своей готовности подчиняться извѣстнымъ обязанностямъ въ пользу залогодержателя. Для этой залоговой подписки нѣтъ опредѣленной формы [3]) и она въ сущности не необходима [4]), такъ какъ выдача и полученіе ссуды означаютъ уже сами по себѣ возникновеніе залога со всѣми его послѣдствіями.

Но конечно нужно для этого, чтобы стороны имѣли въ виду именно залоговое обремененіе. Сенатъ [5]) съ полнымъ основаніемъ отрицаетъ существованіе залога, когда нѣтъ доказательствъ того, что должникъ намѣренъ былъ создать

---

1) Запрещеніе, которое налагается послѣ выдачи ссуды (Прил. къ ст. 192[1] Пол. о Нот. Части § 3), имѣетъ лишь второстепенное назначеніе: оно имѣетъ цѣлью только внести въ крѣпостной реестръ размѣръ уже отмѣченнаго обремененія.

2) См. напр. Положеніе о Дворянскомъ Банкѣ ст. 57 и Уставъ С. Петерб. Кредитнаго Общества § 18.

3) Ср. Уставъ акціонерныхъ земельныхъ банковъ въ изд. Комитета Съѣздовъ 1886 г. стр. 97 сл.

4) Уставъ Александринскаго Тульскаго Банка 23 дек. 1845 г. (19546) § 66: кромѣ вышепоименованныхъ документовъ не требуется отъ заемщика никакихъ обязательствъ, вмѣсто коихъ служатъ для Банка удостовѣреніемъ въ сдѣланной ссудѣ самое прошеніе заемщика и росписка его по книгѣ въ полученіи денегъ.

5) Ср. 1885 г. № 126; 1895 г. № 8; а также 1880 г. № 88.

вещное обезпеченіе въ тѣсномъ смыслѣ слова. Кассаціонный Сенатъ для установленія ипотеки на недвижимость акціонернаго товарищества по выпускаемымъ имъ облигаціямъ не считаетъ достаточнымъ ни наложенія запрещенія, ни даже предоставленіе преимущественнаго права удовлетворенія держателямъ этихъ облигацій. Сенатъ въ этомъ направленіи имѣлъ прежде всего въ виду устранить изъ сферъ залоговыхъ правоотношеній такія сдѣлки, при которыхъ должникъ изъявляетъ только о своей готовности отвѣтствовать всѣмъ имуществомъ или даже опредѣленной частью онаго [1]). Но когда въ связи съ подобными оговорками отводится кредитору право на преимущественное удовлетвореніе и когда эта особенность обнаруживается въ формѣ запрещенія [2]), то тѣмъ самымъ правоотношеніе близко подходитъ подъ понятіе о залогѣ, даже если оно въ сдѣлкѣ не названо этимъ именемъ. Если принять безусловно точку зрѣнія Сената, то пришлось бы также отрицать залоговый характеръ права взысканія казны по недоимкамъ. Требованіе объ уплатѣ ложится здѣсь на владѣльца обложенной недвижимости и удовлетворяется прежде чѣмъ притязанія всѣхъ остальныхъ кредиторовъ [3]). Въ данномъ случаѣ, помимо всякаго запрещенія, мы находимъ на лицо два момента, абсолютность и исключительность иска казны,

1) Какъ напр. Уставъ Сестрорѣцкой Жел. Дороги 9 февраля 1873 г. (51848) въ § 18.

2) См. напр. Уставъ Путивльскихъ заводовъ 24 окт. 1872 г. (51438) § 21.—Обезпеченіе вкладовъ въ городскихъ банкахъ всѣмъ городскимъ имуществомъ нельзя, конечно, назвать залогомъ: Пол. о Гор. Общ. Банкахъ ст. 48. Но какое значеніе придавать запрещенію, которое можетъ быть наложено на опредѣленное имущество въ силу ст. 47 этого Положенія?

3) Ст. 1163 Уст. Гражд. Суд.; Уставъ ак. зем. банковъ ст. 24 и 27; прил. къ ст. 68 Пол. о Двор. Банкѣ, § 48.

которые придаютъ этому правомочію характеръ залога. Однако нѣтъ тѣмъ не менѣе со стороны обязаннаго субъекта добровольнаго установленія такого обремененія; вслѣдствіе чего трудно безусловно устранить изъ нашего объективнаго права понятіе о безмолвной ипотекѣ, какъ о реальномъ долгѣ, возникающемъ въ силу самаго закона [1]). И придется признать тогда, что не одни сдѣлки создаютъ у насъ [2]) залогообразныя правоотношенія. Что же касается до судебнаго рѣшенія, то мы выше видѣли что въ нашемъ правѣ запрещеніе, имъ вызванное, не создавало преимущественнаго удовлетворенія въ пользу заинтересованнаго лица; и до сихъ поръ такое запрещеніе, налагаемое какъ предварительное обезпеченіе (Уст. Гр. Суд. ст. 616 сл.) или какъ мѣра сопровождающая взысканіе окончательно присужденнаго требованія (ст. 1096), сохранило свой прежній характеръ въ двоякомъ отношеніи: на нее не распространено экстенсивное толкованіе законовъ 1862 и 1863 гг., такъ что оно до сихъ поръ служитъ препятствіемъ къ отчужденію. Здѣсь нѣтъ абсолютнаго иска [3]), и съ другой стороны это запрещеніе, какъ и арестъ движимаго имущества, по Уставу Гражданскаго Судопроизводства, не даетъ взыскателю, по иску котораго оно было наложено, преимущества передъ

1) Интересный случай такой безмолвной ипотеки въ пользу казны представляетъ Уставъ о народ. продовольствіи (Т. XIII Свода) въ ст. 106—210. Кромѣ имѣнія, въ пользу котораго пошла продовольственная ссуда, отвѣчаетъ и остальное имущество заемщика. Это рѣдкій примѣръ неограниченной отвѣтственности при заимообезпечительномъ залогѣ казны. Ср. Оппенгеймъ, Указатель вопросовъ права, разрѣшенныхъ Министерствомъ Юстиціи по консультаціи (1885—1893 г.) № 102.

2) Аргументацію Анненкова (Система русскаго гражд. права III стр. 342), отрицающаго значеніе этихъ примѣровъ для гражданскаго права, нельзя назвать убѣдительной.

3) Ср. напр. Сенатъ 1889 г. № 28.

остальными кредиторами отвѣтчика [1]), при чемъ ему, конечно, не возбранено обращать свое взысканіе и на остальное имущество, если объектъ, находящійся подъ запрещеніемъ (или арестомъ), окажется впослѣдствіи недостаточнымъ [2]).

Однако въ узаконеніяхъ послѣднихъ десятилѣтій можно отыскать отдѣльныя положенія, которыя такъ редактированы, какъ будто бы у насъ запрещеніе, наложенное въ силу судебнаго рѣшенія, создаетъ исключительное право на удовлетвореніе. Уставы земельныхъ банковъ [3]) предписываютъ передъ выдачей ссуды погашеніе всѣхъ обозначенныхъ въ залоговомъ свидѣтельствѣ запрещеній, не различая при этомъ запрещеній по залогу отъ запрещеній по судебному рѣшенію, такъ что и за послѣдними eo ipso признается первенство по отношенію къ банку, и несомнѣнно, что такое старшинство наводитъ уже на мысль объ ипотечномъ [4]) обремененіи. Еще опредѣленнѣе высказывается новый уставъ Государственнаго Банка [5]), который въ ст. 106 признаетъ за взысканіемъ по соловекселямъ, обезпеченнымъ недвижимостью, преимущество передъ всѣми другими долгами заемщика „за исключеніемъ . . . тѣхъ долговъ, которые обезпечены залогомъ или запрещеніемъ, наложеннымъ на имущество прежде запрещенія по залоговому свидѣтельству, выданному для пользованія кредитомъ въ государственномъ банкѣ“. Подъ этими запрещеніями, пользующимися пре-

---

1) Ср. ст. 955 У. Г. С.; Сенатъ 1879 г. № 117.

2) См. ст. 1222 У. Г. С. и Указатель Оппенгейма № 140.

3) Ср. напр. Правила дѣйствія и порядка дѣлопроизводства Госуд. Двор. Земельнаго Банка 4 дек. 1885 г. ст. 36.

4) Банкъ изъ ссуды не удерживаетъ денегъ на уплату долговъ, не обозначенныхъ въ залоговомъ свидѣтельствѣ. См. Сенатъ 1875 г. № 502.

5) Сводъ Законовъ Т. XI ч. 2. Прод. 1895 г.

имуществомъ, можно подразумѣвать и запрещенія, наложенныя судомъ на основаніи ст. 1096 и 604 Устава Гражданскаго Судопроизводства.

Наконецъ, даже въ нашемъ процессуальномъ кодексѣ встрѣчается любопытная въ этомъ отношеніи статья 1063, которая на случай несостоявшейся переторжки постановляетъ, что арестованное движимое имущество переходитъ въ собственность того кредитора, по взысканію котораго наложенъ арестъ [1]). Этимъ установлено за нимъ преимущество передъ другими кредиторами, только заявившими о своихъ требованіяхъ, и этимъ признается его право на непосредственное отношеніе къ вещи. Подобное постановленіе врядъ ли бы состоялось, если бы составители Устава не предполагали существованія, или по крайней мѣрѣ не ожидали введенія у насъ залоговаго права, извѣстнаго въ германской юриспруденціи подъ названіемъ Pfändungspfandrecht.

Въ ученіи о закладѣ движимости можно по нашему дѣйствующему праву считать необходимымъ волеизъявленіе со стороны закладодателя для установленія вещнаго обезпеченія, такъ какъ даже и тѣ случаи, гдѣ вещь, находящаяся въ рукахъ кредитора по поводу опредѣленной сдѣлки и безъ формальнаго закладнаго договора служитъ для него объектомъ преимущественнаго удовлетворенія, могутъ быть отнесены къ добровольному залогу, молчаливо установленному самымъ актомъ передачи вещи: грузъ, изъ продажи котораго желѣзная дорога удовлетворяетъ свое требованіе передъ всѣми остальными кредито-

1) Постановленіе ст. 1064 должно быть по аналогіи распространено на случай, предусмотрѣнный ст. 1171—1173 Уст. Гражд. Судопроизводства.

рами, можетъ считаться ей заложеннымъ въ моментъ сдачи груза отправителемъ[1]). Если въ этой области нашего права можно такимъ образомъ обойтись безъ заклада, возникающаго въ силу статьи закона, то затруднительнымъ является именно опредѣленіе рѣшающаго момента въ заклданыхъ сдѣлкахъ: можетъ ли возникнуть закладное право путемъ простаго обмѣна волеизъявленій или нужна непремѣнно передача вещи кредитору въ видѣ ручнаго заклада[2])?

Въ новѣйшей литературѣ нашего права можно указать на Анненкова[3]), который считаетъ необходимымъ такой переходъ вещи въ обладаніе закладодержателя. Мы видѣли, что на Западѣ отмѣчается въ нѣкоторыхъ случаяхъ возвращеніе къ римской ипотекѣ движимости и что безусловная обязанность Faustpfand нѣсколько смягчилась. Соотвѣтствующія явленія встрѣчаются и въ нашей правовой жизни, не говоря даже о бодмереѣ[4]), гдѣ передача обезпечительной вещи не нужна. Помимо тѣхъ случаевъ, гдѣ право закладодержателя обезпечено какимъ нибудь требованіемъ, т. е. движимостью[5]), принадлежащимъ закладодателю противъ третьяго лица, и гдѣ закладодержатель тѣмъ не менѣе не полу-

---

1) Уставъ росс. жел. дорогъ ст. 85.

2) Ссылку Побѣдоносцева, Курсъ (1892 г.) I стр. 630, на ст. 1522 нельзя считать убѣдительной, такъ какъ тамъ не видно, что законъ даетъ продавцу преимущество передъ другими кредиторами.

3) Система III стр. 354 сл.

4) У насъ бодмерея влечетъ за собой лишь ограниченную отвѣтственность (см. практ. С. Пет. Ком. Суда 1877 г. № 45 у Мартенса, Опытъ ком. торг. пр.). Бодмерея въ узаконеніяхъ, которыя служатъ основаніемъ нашему дѣйствующему праву (Уст. куп. водоходства 1781 г. [15176] ст. 46; Уставъ консульскій 1858 г. [33944] ст. 68), является въ роли Nothbodmerei, а отнюдь не спекулятивнаго foenus nauticum.

5) Ст. 402 1 ч. X тома.

чаетъ въ руки соотвѣтствующаго акта или документа[1]), можно еще отыскать въ нашемъ правѣ сдѣлки, гдѣ предметомъ закладнаго права считается тѣлесная вещь, остающаяся у должника. Интересны напр. колебанія Сената[2]) по поводу участи движимыхъ вещей, вошедшихъ въ составъ заложенной недвижимости и отдѣлившихся отъ нея впослѣдствіи, но не находящихся въ рукахъ кредитора въ моментъ обращенія взысканія. Можетъ ли сей послѣдній получить изъ нихъ привилегированное удовлетвореніе при стеченіи другихъ требованій? Вопросъ этотъ остается несомнѣнно открытымъ. Утвердительный отвѣтъ[3]) можно было бы во всякомъ случаѣ почерпать въ тѣхъ положеніяхъ особыхъ уставовъ, которыя прямо разрѣшаютъ ипотеку движимости. При закладѣ сельско-хозяйственныхъ продуктовъ для обезпеченія ссуды изъ Государственнаго Банка[4]) хлѣбъ остается въ рукахъ заемщика; хотя законъ и называетъ сего послѣдняго хранителемъ[5]), но этимъ не устраняется возможность для закладодателя воздѣйствовать на этотъ хлѣбъ; и въ случаѣ отчужденія хлѣба нельзя будетъ отказать Банку въ искѣ противъ третьяго лица, пріобрѣвшаго его; но на практикѣ, въ виду фактическихъ затрудненій и юридическихъ препятствій, связанныхъ съ этимъ искомъ, главную роль будутъ играть для Банка другія охранительныя мѣры[6]).

---

1) Ср. Уставъ С. Петерб. страховаго общества 1868 г. (45963) ст. 67 и также Положеніе о выкупѣ ст. 72.

2) Ср. рѣш. 1892 г. № 54 и 1897 г. № 80.

3) См. Сенатъ 1872 г. № 975.

4) Правила для выдачи учрежденіями Госуд. Банка ссудъ подъ залогъ сельско-хозяйственныхъ продуктовъ, извлеченныя изъ утвержденнаго Г. Министромъ Финансовъ 2 марта 1896 г. наказа по сей операціи.

5) Правила ст. 6, 10.

6) Правила ст. 34, 46, 47.

Такое же отсутствіе ручнаго заклада можно констатировать въ закладныхъ сдѣлкахъ, заключаемыхъ въ городскихъ общественныхъ банкахъ [1]). Но самую яркую иллюстрацію къ вопросу о допущеніи ипотеки на движимость даетъ Уставъ о кредитныхъ товариществахъ; тамъ заложенная заемщикомъ вещь не только остается въ его рукахъ, но Уставъ даже предвидитъ переходъ этой вещи къ третьему лицу и разрѣшаетъ банку осуществлять свое право и по отношенію къ этому третьему лицу [2]).

Изъ всего этого видно, до какой степени ученіе о залогѣ носитъ въ современномъ нашемъ правѣ еще неопредѣленный и незаконченный характеръ. Такое положеніе объясняетъ до извѣстной степени стремленія къ широкимъ заимствованіямъ изъ западнаго права, которыми отличаются появившіеся у насъ проекты ипотечной реформы. Но если вспомнить, что и на Западѣ понятіе о залогѣ переживаетъ нѣчто въ родѣ кризиса, то врядъ ли можно ожидать, что наше будущее залоговое законодательство устранитъ тѣ чисто теоретическія недоумѣнія, о которыхъ была рѣчь выше. Несомнѣнно только одно, что въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ нагляднѣе, чѣмъ гдѣ либо, обнаруживается это сочетаніе личнаго и вещнаго момента, на которомъ мы останавливались при разсмотрѣніи современной германской ипотеки.

Наша закладная устанавливаетъ eo ipso правоотношеніе, въ которомъ содержится и долговая связь и вещное обезпеченіе, вмѣстѣ соединенныя. Тождественное явленіе

---

1) Положеніе о Городскихъ Общественныхъ Банкахъ ст. 102, 110.

2) Образцовый Уставъ Кредитныхъ Товариществъ 12 іюля 1896 г. (Собр. узак. и расп. 1896 г. ст. 968) § 42.

обнаруживается при залогѣ въ кредитныхъ установленіяхъ, которыя въ силу залоговой подписки или простой заемной росписки пріобрѣтаютъ одновременно и требованіе объ уплатѣ извѣстной суммы и право взысканія на опредѣленный объектъ.

По поводу вопроса объ акцессорности въ началѣ настоящей главы было уже отмѣчено у насъ отсутствіе придаточности въ смыслѣ отдѣльнаго вещнаго момента, пріуроченнаго къ самостоятельному обязательству, и что у насъ въ закладной содержится не обыкновенное заемное обязательство, а отвлеченное обѣщаніе уплатить извѣстную сумму, для полученія которой управомоченный субъектъ снабженъ извѣстной исковой защитой. Благодаря характеру самой сдѣлки, долговой моментъ нашей закладной еще рельефнѣе выступаетъ, чѣмъ при Grundschuld или при ипотеки мекленбургскаго законодательства, такъ какъ съ актомъ обремененія совпадаетъ установленіе обязательства и именно заемнаго обязательства. И въ виду того, что лицо, отводящее другому право на вещь, вмѣстѣ съ тѣмъ обязывается уплатить извѣстное количество денегъ, то тѣмъ самымъ возникаетъ двойственное правомочіе, въ силу котораго залогодержатель имѣетъ не только право на удовлетвореніе изъ стоимости даннаго объекта, но кромѣ того и прежде всего право на уплату опредѣленной суммы. Эта функція закладной выступаетъ на первый планъ, когда крѣпость предъявляется ко взысканію по старому порядку; судъ посылаетъ объ этомъ извѣщеніе залогодателю и, какъ видно изъ статей Законовъ о Судопроизводствѣ Гражданскомъ, это извѣщеніе имѣетъ значеніе вызова должника „къ отвѣту и платежу“ [1]),

1) Т. XVI ч. 2. Законы о Суд. Гражд. ст. 615, 620.

точно также какъ предъявленіе ко взысканію черезъ полицію безспорнаго обязательства, необезпеченнаго залогомъ или закладомъ [1]).

Вслѣдствіе этой двойственности [2]) закладная сдѣлка является также долговымъ договоромъ, и ничто не препятствуетъ контрагентамъ укрѣпить эту связь посредствомъ другихъ способовъ, посредствомъ привлеченія добавочныхъ обязанныхъ субъектовъ — т. е. поручителей [3]). Но здѣсь тѣмъ не менѣе нѣтъ этой параллельности двухъ правъ, которая отмѣчается при римской ипотекѣ; мы имѣемъ дѣло здѣсь не съ любымъ обязательствомъ, къ которому пріурочивается вещное обезпеченіе, а съ опредѣленнымъ обязательствомъ, т. е. съ отвлеченнымъ обѣщаніемъ уплаты. Но это обязательство отличается отъ обыкновенныхъ требованій тѣмъ, что для него нѣтъ установленной защиты въ видѣ личнаго иска, а существуетъ только особое взысканіе, вытекающее изъ наложенія вещнаго обремененія [4]). При такой постановкѣ у романиста можетъ явиться поползновеніе спасти здѣсь чистоту юридическихъ построеній съ помощью obligatio naturalis, для которой по римскому праву можетъ существовать залоговое право. Но не смотря на то, что въ современномъ

1) Тамъ же ст. 592.

2) Она менѣе ясна при залогѣ по подрядамъ и поставкамъ съ казной, такъ какъ тамъ долговой моментъ сосредоточивается на личномъ искѣ. Но и тамъ взысканіе по залогу можетъ содержать напоминаніе объ уплатѣ, въ виду того, что оно предшествуетъ удовлетворенію изъ остальнаго имущества. Ст. 220 и 221 Пол. о подрядахъ и поставкахъ X т. ч. 1 (1887 г.) и ст. 512, 513 п. 4 Зак. о Суд. Гражд. Т. XVI ч. 2.

3) Ср. Сенатъ 1869 г. № 522.

4) По поводу разницы между обыкновеннымъ требованіемъ и искомъ по закладной см. уже законъ 1830 г. (4198) п. 3 и законъ 19 іюля 1849 г. (13405) ст. 292 и 293.

западномъ правѣ не исчезли еще послѣдніе слѣды [1]) ученія объ натуральныхъ обязательствахъ, юристы тамъ все-таки стараются объяснять ограниченную отвѣтственность залогодателя безъ помощи романистическихъ ученій и обращаютъ вниманіе на своеобразное значеніе, которое имѣло въ средніе вѣка вещное обезпеченіе. У насъ же было бы еще болѣе неумѣстнымъ примѣнять понятіе объ obligatio naturalis, такъ какъ пришлось бы предварительно доказать вообще существованіе этого института въ нашемъ правѣ, что было бы несомнѣнно задруднительно. Кто могъ бы утверждать, напр., что у насъ закладная, не удовлетворенная вслѣдствіе недостаточности заложеннаго объекта, должна быть принята къ зачету противъ требованія, предъявленнаго впослѣдствіи залогодателемъ? Единственное упоминаніе о зачетѣ требованій въ нашемъ законодательствѣ встрѣчается въ ст. 587 Устава Судопроизводства Торговаго, и изъ нея трудно вывести паремію: etiam quod natura debetur, venit in compensationem [2]).

Проще будетъ такимъ образомъ обойтись безъ obligatio naturalis и признать за правоотношеніемъ, вытекающимъ изъ закладной, характеръ, особенность котораго заключается въ томъ, что управомоченное лицо получаетъ исключительное право удовлетворенія изъ опредѣленной недвижимости,

---

1) См. Mayr, Die Fälle der Naturalobligation, 1895 и Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht III § 212. — Ср. Герм. Уложеніе § 390.

2) Если послѣ неудовлетворительной продажи залога должникъ добровольно уплатитъ недоимку, то онъ, конечно, не можетъ впослѣдствіи требовать возвращенія уплаченныхъ денегъ. Но для исключенія его иска не нужно прибѣгнуть къ obligatio naturalis. Достаточно будетъ предположить съ его стороны признаніе отвлеченнаго обязательства въ моментъ уплаты и непосредственное погашеніе этого долга. Ср. Побѣдоносцевъ, Курсъ (1890 г.) III стр. 30.

чѣмъ и исчерпывается его взысканіе. Понятно, что эта особенность основана на вещномъ обремененіи, т. е. на томъ фактѣ, что въ закладной указано на вещь, которая должна служить единственнымъ предметомъ привилегированнаго взысканія. Если же это вещное обезпеченіе окажется недѣйствительнымъ или потому, что контрагенты не имѣли достаточной правоспособности [1]), или потому, что вещь не могла быть подвергнута такому обремененію, то долговой моментъ выдѣляется изъ закладной [2]) и остается въ силѣ; но для достиженія первоначальной цѣли кредитору дается уже не залоговое ограниченное взысканіе, а обыкновенный личный искъ, не снабженный преимуществомъ, но обращаемый на все имущество должника [3]).

Тѣсная связь между долговымъ моментомъ и вещнымъ обремененіемъ поддерживается въ нашемъ правѣ благодаря особенностямъ нашей залоговой системы: до послѣдней стадіи въ развитіи нашего залога залогодатель, или его наслѣдникъ, оставался собственникомъ заложенной недвижимости пока долгъ не уплачивался, такъ какъ запрещеніе, лежащее на имѣніи, не позволяло отчуждать его; такимъ образомъ у насъ раздвоеніе ролей должника и владѣльца обремененнаго участка не встрѣчалось на практикѣ. Залоговое взысканіе обращалось всегда на заемщика или его наслѣд-

---

1) Ср. X т. ч. 1 прил. къ ст. 698 (прим. 2) п. 1, 2.

2) Странное расчлененіе правоотношенія предлагалъ Сенатъ (см. Суд. Вѣстникъ № 40), рѣшивши, что передача закладной вопреки ст. 1653 переноситъ личное требованіе, а залоговое право прекращается. Такое явленіе врядъ ли удобно даже съ согласія залогодателя.

3) Правильное пониманіе этой перемѣны въ правоотношеніи обнаруживаетъ рѣшеніе Рязанскаго Окружнаго Суда 11 дек. 1876 г. См. Юрид. Вѣстникъ 1877 г. кн. 3 и 4 стр. 119. — По поводу ограниченной отвѣтственности залогодателя см. Сенатъ 1881 г. № 187.

ника потому, что заложенная недвижимость всегда была въ его рукахъ.

Въ настоящее время эта неподвижность заложенныхъ участковъ значительно смягчена. Когда возникли ипотечные банки, разрѣшавшіе продажу заложенныхъ недвижимостей, то въ ихъ уставахъ стала изъ осторожности помѣщаться ненужная въ сущности оговорка о переводѣ долга на покупателя, ненужная потому, что этотъ переходъ вытекаетъ изъ самаго понятія о реальномъ долгѣ въ пользу кредитнаго установленія, какъ и въ пользу частнаго лица. Особенность нашего права заключается только въ томъ, что такой переходъ участка съ обремененіемъ означаетъ у насъ, въ виду отсутствія личной отвѣтственности, полное освобожденіе залогодателя отъ долга. Такое-же прерваніе долговой связи, по крайней мѣрѣ въ смыслѣ устраненія взысканія, нужно будетъ признать когда участокъ залогодателя узукапируется третьимъ лицомъ: искъ изъ закладной можетъ быть предъявленъ лишь къ сему послѣднему, а не къ заемщику, обозначенному въ залоговомъ актѣ. Нѣсколько инымъ представляется положеніе дѣла, когда наслѣдникъ по завѣщанію получаетъ опредѣленный участокъ, уже заложенный завѣщателемъ; онъ обязанъ, если онъ не предпочтетъ допустить взысканіе, уплатить всю сумму[1]), хотя она можетъ и не соотвѣтствовать его доли въ наслѣдственномъ пассивѣ; противъ сонаслѣдниковъ же залогодержатель не имѣетъ иска. Но принципіально эти сонаслѣдники обязаны участвовать въ платежѣ долговъ завѣщателя соразмѣрно своимъ частямъ[2]) и, такъ какъ закладная со-

1) Ср. Сенатъ рѣш. 1880 г. № 70.
2) Ср. X т. 1 ч. ст. 1259, 1543.

держитъ несомнѣнно долгъ наслѣдодателя, ихъ отвѣтственность высказывается въ томъ, что обладатель заложенной вещи, уплатившій деньги по закладной, будетъ имѣть право требовать отъ сонаслѣдниковъ возвращенія той части долга, которая приходится на ихъ наслѣдственную долю, если только не будетъ доказано, что завѣщатель имѣлъ въ виду обременить исключительно наслѣдника даннаго участка. Съ другой стороны самый характеръ залоговаго взысканія даетъ кредитору право на удовлетвореніе изъ любой части заложеннаго объекта, и если послѣдній уже раздѣленъ между законными наслѣдниками залогодателя, взыскатель можетъ изъ одной части этой вещи погасить весь свой долгъ. Неправильно будетъ со стороны суда, если онъ заставитъ его искать съ каждаго сонаслѣдника ту часть долга, которая соотвѣтствуетъ размѣру доставшагося по раздѣлу участка [1]). Другое дѣло конечно, когда раздѣлъ унаслѣдованной недвижимости произошелъ съ согласія залогодержателя; послѣдній тогда eo ipso считается разрѣшившимъ превращеніе единичнаго залоговаго права въ цѣлый рядъ отдѣльныхъ правомочій [2]).

Предметно ограниченная отвѣтственность по залогу недвижимости выставлена въ нашемъ правѣ какъ положеніе, соотвѣтствующее въ большинствѣ случаевъ цѣлямъ обременительной сдѣлки. Но возможны, конечно, и между частными людьми случаи, гдѣ реальный кредитъ играетъ лишь добавочную роль, гдѣ долговая связь возникла на почвѣ личнаго довѣрія, при чемъ имѣлась равнымъ образомъ въ виду совокупность имущественныхъ благъ, при-

1) Въ этомъ смыслѣ нельзя согласиться съ рѣш. Сената 1881 г. № 127.
2) См. напр. Полож. о Двор. Банкѣ, ст. 26.

надлежащихъ должнику въ моментъ заключенія сдѣлки, и могущихъ быть пріобрѣтенными въ будущемъ. Нельзя вслѣдствіе этого не признать заслуги Сената[1]), который объяснилъ упорствующей практикѣ, что оговорка о неограниченной отвѣтственности можетъ быть внесена въ закладную. Но въ этомъ направленіи Сенатъ[2]) заходитъ, повидимому, слишкомъ далеко когда рѣшаетъ, что внесеніе неустойки въ закладную eo ipso расширяетъ кругъ предметовъ, подлежащихъ взысканію кредитора. Сенатъ при этомъ разсматриваетъ неустойку, какъ дополнительное обезпеченіе съ вполнѣ самостоятельной участью; но возможна и другая точка зрѣнія, при которой неустойка имѣетъ цѣлью только увеличить ту часть стоимости, на которую простирается взысканіе кредитора, и тогда неустойка является дополнительнымъ обязательствомъ, обезпеченнымъ въ свою очередь тѣмъ же залогомъ. Такъ разсуждаетъ очевидно нашъ законъ[3]) по отношенію къ законной неустойкѣ, и нѣтъ основанія проводить здѣсь, вмѣстѣ съ Анненковымъ[4]), разницу между законной и добровольной неустойкой.

Прежде чѣмъ разстаться съ ученіемъ о залогѣ въ нашемъ современномъ правѣ, не безинтересно, можетъ быть, остановиться на отвѣтственности залогодателя и закладодателя, какъ она проявляется по заимообезпечительнымъ сдѣлкамъ въ кредитныхъ установленіяхъ, уже потому, что эти сдѣлки по количеству и размѣру оборота стоятъ

1) См. рѣшенія 1874 г. № 129 и 1884 г. № 5.

2) 1870 г. № 1795.

3) Это по крайней мѣрѣ вытекаетъ изъ ст. 626, 631, 633 Зак. о Суд. Гр. XVI т. ч. 2 Свода Законовъ.

4) Система III, стр. 367 сл.

несомнѣнно на первомъ планѣ въ современной жизни. Если мы обратимся сначала къ земельнымъ банкамъ и къ городскимъ кредитнымъ обществамъ, то мы увидимъ, что эти учрежденія оперируютъ исключительно съ понятіемъ о реальномъ кредитѣ и выдаютъ ссуды соразмѣрно стоимости представленныхъ къ залогу недвижимостей, не взирая на личность заемщика. Тамъ и удержалась предметно ограниченная отвѣтственность нашего права: имущество, тамъ заложенное, можетъ быть продано съ торговъ за цѣну не ниже долговой суммы; недостиженіе этой цѣны имѣетъ послѣдствіемъ снятіе имѣнія съ торговъ и продажу по вольной цѣнѣ [1]) черезъ извѣстный промежутокъ времени. Непокрытіе выданной ссуды разсматривается какъ убытокъ залогодержателя; уставы предвидятъ въ такихъ случаяхъ взысканіе съ оцѣнщиковъ [2]), взысканіе съ другихъ участковъ, заложенныхъ въ банкѣ, если они связаны круговой по рукой [3]), и наконецъ зачисленіе убытка въ запасный капиталъ [4]). Но нигдѣ въ этихъ уставахъ нѣтъ даже намека на личную отвѣтственность залогодателя.

Нужно по этому поводу замѣтить, что эти банки у насъ, какъ и на Западѣ, выпускаютъ закладные листы, которые содержатъ обязательство со стороны банка, но безъ залоговаго права въ пользу держателей этихъ листовъ, не смотря на то, что въ уставахъ говорится объ отвѣтствен-

1) Уставъ акціонерныхъ земельныхъ банковъ §§ 24, 27. — Ср. еще Уст. Крестьянскаго Банка 27 ноября 1895 г. ст. 31.

2) Ср. напр. Уставъ С. Петерб. Кредитнаго Общества, ст. 119.

3) См. Уставъ Земскаго Банка Херсонской губ. ст. 3; проектъ Саратовскаго Земскаго Банка 2 ноября 1865 г. (42631) ст. 5.

4) Ст. 28 Устава акціон. земельныхъ банковъ.

ности установленія всѣмъ своимъ имуществомъ[1]). Залогъ существуетъ только между банкомъ и заемщикомъ, заложившимъ опредѣленное имѣніе; а въ банкахъ съ круговымъ ручательствомъ на второмъ планѣ по каждой отдѣльной ссудѣ стоитъ еще залоговое право на участки всѣхъ остальныхъ заемщиковъ[2]).

Впрочемъ у насъ отсутствіе вещной гарантіи менѣе опасно, чѣмъ на Западѣ, уже потому, что наши банки не могутъ распоряжаться пріобрѣтаемыми ими залоговыми правами на участки заемщиковъ и что кромѣ того установленія, выпускающія закладные листы, другими банковыми операціями[3]) не занимаются, такъ что конкурренція съ другими кредиторами врядъ ли возможна.

Городскіе общественные банки, наоборотъ, имѣютъ довольно обширный кругъ дѣятельности и между прочимъ выдаютъ ссуды подъ обезпеченіе недвижимости; но и здѣсь нѣтъ слѣдовъ личной отвѣтственности закладчика[4]). Въ связи съ этими явленіями не безинтересно упомянуть объ особенности, встрѣчаемой въ нѣкоторыхъ уставахъ коммерческихъ банковъ: заемное обязательство, обезпечиваемое недвижимостью, облекается въ форму векселя, и въ случаѣ неуплаты процентовъ или капитала вексель предъявляется обыкновен-

---

1) Ср. напр. Уст. С. Пет. Кред. Общества ст. 23 и неправильное пониманіе этой статьи Сенатомъ въ 1884 г. № 26.

2) Одно государство имѣетъ, въ случаѣ несостоятельности Херс. Земск. Банка, прямое воздѣйствіе на его имущество. См. ст. 17 Устава in fine.

3) Коммиссія для устройства земскихъ банковъ 1854 г. считала расширеніе сферы дѣятельности ипотечныхъ кредитныхъ установленій желательнымъ. См. въ T. IV ея Трудовъ (1862 г.): Проектъ част. кред. учрежд. §§ 7 и 16 и также проектъ Земскихъ Банковъ, § 19.

4) См. Пол. о гор. общ. банкахъ ст. 145 и прил. къ ст. 144 § 16.

нымъ порядкомъ къ протесту. Но этотъ протестъ отличается тѣмъ, что онъ ведетъ только къ продажѣ заложеннаго имущества; другаго взысканія залогодержатель не имѣетъ [1]). Полное, какъ видно, торжество принципа ограниченной отвѣтственности, но явленіе съ точки зрѣнія ученія о векселѣ неудобообъяснимое!

Этимъ только что указаннымъ видамъ залоговаго обезпеченія нужно противопоставить случаи, гдѣ долговая операція носитъ смѣшанный характеръ, гдѣ банкомъ открывается кредитъ опредѣленному лицу на основаніи его общаго имущественнаго положенія и общей кредитоспособности, но вдобавокъ принимается, какъ обезпеченіе извѣстнаго размѣра кредита, опредѣленная недвижимость въ залогъ [2]). По уставамъ этихъ банковъ такой залогъ не суживаетъ права взысканія кредитора, который можетъ искать удовлетворенія и изъ остальнаго имущества должника [3]). Въ обществахъ взаимнаго кредита сопоставленіе вещной гарантіи съ обыкновеннымъ личнымъ кредитомъ выражается въ выдаваемомъ должникомъ соловекселѣ, сила котораго здѣсь осущевляется на общихъ основаніяхъ, вполнѣ независимо отъ уставленной

---

1) Ср. Уставы Московскаго Купеческаго Банка 1866 г. (43360) ст. 26, 28; Волжско-Камскаго Банка 1860 г. (48058) ст. 25, 27; Кіевскаго Промышленнаго Банка 1871 г. (49730) ст. 26, 28. — Вексель, выдаваемый между частными лицами по долгу, уже обезпеченному закладной, взыскивается на общемъ основаніи со всего имущества должника (ср. рѣшеніе IV Департамента въ Сборникѣ Носенко IV № 30). При отвлеченности обоихъ долговыхъ актовъ должникъ часто будетъ подвергнутъ риску двойнаго платежа.

2) См. напр. Уставъ кредитныхъ товариществъ, ст. 37.

3) См. Уст. Харьковскаго Общества взаимнаго кредита 21 апр. 1881 г. (С. У. Р. 1881 г. ст. 394) § 10, § 14 п. 2 и § 22; Уст. Одесскаго Общества взаимнаго кредита 28 ноября 1867 г. (45219) §§ 3. 19 и 32; ср. по этому поводу Сенатъ 1878 г. № 18 и по поводу Саратовскаго Общества взаимнаго кредита рѣшеніе 1879 г. № 143.

Sicherungshypothek; а въ нѣкоторыхъ изъ этихъ обществъ личная отвѣтственность поставлена просто въ зависимость отъ соглашенія сторонъ [1]).

Нужно еще по поводу этой чисто обезпечительной ипотеки замѣтить, что она допускаетъ въ большемъ размѣрѣ, чѣмъ наша закладная (и даже чѣмъ залогъ въ земельныхъ банкахъ), воздѣйствіе обязательственнаго момента на вещное обезпеченіе: въ рамкахъ открытаго кредита заключаются многочисленныя и разнообразныя банковыя операція, изъ которыхъ возникаютъ возраженія и ограниченія, могущія отразиться и на осуществимости залоговаго взысканія.

Если мы теперь перейдемъ къ закладу движимости, то и тамъ найдутся сдѣлки чисто реальнаго характера, гдѣ ссуда выдается въ виду представленнаго обезпеченія и независимо отъ общей благонадежности должника. Такой характеръ носятъ займы, заключаемые въ ссудныхъ кассахъ [2]), въ городскихъ ломбардахъ [3]), займы подъ обезпеченіе хлѣба, сложеннаго на желѣзныхъ дорогахъ [4]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ установлена для залогодержателя обязанность продажи заклада въ случаѣ просрочки, но нѣтъ при этомъ

---

1) Уставъ Кіевскаго Коммерческаго Банка 18 іюля 1868 г. (45999) ст. 33.

2) Зак. 24 апр. 1879 г. (59458) ст. 10, 11.

3) Уставъ Одесскаго Ломбарда 1871 г. (49734) ст. 55; Уставъ Кіевскаго Частнаго Ломбарда (С. У. и Р. 1885 г. ст. 383) §§ 54 и 61; Московскаго Ломбарда (С. У. и Р. 1884 г. ст. 401) §§ 54 и 61. — Уставъ товарищества для заклада движимаго имущества 4 іюня 1868 г. (46074) ст. 37, 41; Уставъ Московскаго Товарищества для ссудъ подъ закладъ движимаго имущества 28 мая 1869 г. (47142) ст. 43.

4) Правила о производствѣ Государственнымъ Банкомъ при посредствѣ желѣзныхъ дорогъ выдачи ссудъ подъ залогъ хлѣбныхъ грузовъ 14 іюня 1888 г. (5348) ст. 10, 11.

упоминанія о личной отвѣтственности должника въ случаѣ недостаточности или нечаянной пропажи заклада.

Такая добавочная отвѣтственность остальнымъ имуществомъ встрѣчается однако по залогу вещей, сложенныхъ на товарныхъ складахъ. Но несомнѣнно, что помѣщеніе обратнаго иска пріобрѣтателя варранта въ законѣ 1888 г. [1]) должно быть объяснено вліяніемъ австрійскаго и французскаго права; въ уставахъ раньше возникшихъ обществъ для храненія товара мы не встрѣчаемъ личной отвѣтственности въ случаѣ недостаточности заложенныхъ предметовъ [2]).

Такую же разницу можно отмѣтить между уставами первыхъ общественныхъ городскихъ банковъ и нынѣ дѣйствующимъ Положеніемъ: въ первыхъ заемъ подъ обезпеченіе движимости не создавалъ личной отвѣтственности заемщика [3]), тогда какъ нынѣ городской банкъ можетъ, въ случаѣ неудовлетворенія изъ продажи товара или процентной бумаги, обратить искъ и на остальное имущество закладодателя [4]).

Можно отмѣтить еще на другомъ примѣрѣ романизацію залоговой отвѣтственности въ нашей жизни. Въ 1849 г. [5]) послѣдовало признаніе законодателемъ обычая, установившагося на петербургской биржѣ, въ силу котораго должникъ, заложившій акціи, подвергался добавочному взы-

---

1) Законъ 30 марта 1888 г. (5099) о товарныхъ складахъ, ст. 39.

2) См. ст. 37 уставовъ, помѣщенныхъ въ П. С. З. подъ №№ 49887, 49888, 49958.

3) См. напр. Уставъ Банка въ Пензѣ 1844 г. (18311) ст. 107; въ Зарайскѣ 1847 г. (20837) ст. 95; въ Ростовѣ 1874 г. (21027) ст. 68; въ Коломнѣ 1847 г. (21067) ст. 94; въ Архангельскѣ 1847 г. (21622) ст. 102.

4) См. Положеніе 1862 г. (37950) ст. 75, 91, 107, 116.

5) Высочайше утвержденное мнѣніе Госуд. Совѣта 14 іюня 1848 г. (22363).

сканію, если продажа бумагъ не удовлетворяла кредитора, и въ силу котораго закладодатель не могъ освободиться отъ этой отвѣтственности отказомъ отъ даннаго имущества. Это новое положеніе, отмѣняющее постановленіе Устава о Банкротахъ, было впослѣдствіи [1]) распространено [2]) на всю Россію, такъ что мы имѣемъ здѣсь отрадный примѣръ кодификаціи обычая — нѣчто вродѣ зачатка оффиціальной редакціи кутюма!

Только что отмѣченный дуализмъ между сдѣлками чисто реальнаго характера и другими операціями, въ которыхъ обнаруживается лично-вещный моментъ, хорошо иллюстрируется двумя институтами, возникшими сравнительно недавно, въ связи съ тѣми мѣрами, которыя принимаетъ правительство для борьбы съ настоящимъ сельско-хозяйственнымъ кризисомъ, а именно: залогъ по т. н. меліоративному кредиту [3]) и залогъ для обезпеченія кредита, открываемаго Государственнымъ Банкомъ по соловекселямъ.

Въ первомъ случаѣ ссуда имѣетъ въ виду улучшеніе основнаго капитала и выдается подъ обезпеченіе недвижимости, которыя по своей цѣнности, и помимо будущихъ улучшеній, являются достаточной гарантіей для ссудодателя: залогъ этотъ носитъ такимъ образомъ характеръ, тождественный съ обремененіями въ земельномъ банкѣ, безъ личной отвѣтственности должника [4]).

---

1) Законъ 1861 г. (36556).

2) Сенатъ въ рѣшеніи 1889 г. № 2 придаетъ этому положенію значеніе общаго закона и для кредитныхъ установленій.

3) Высочайше утвержденное мнѣніе Госуд. Совѣта 6 мая 1896 г. (С. У. и Р. № 78) о ссудахъ на сельс-кохозяйственныя улучшенія.

4) Ст. 15, 21, 26.

Наоборотъ, кредитъ по соло-векселю былъ приравненъ, по крайнемъ мѣрѣ первоначально, къ значенію кредита, открываемаго Государственнымъ Банкомъ подъ векселя съ двумя подписями[1]). Онъ долженъ былъ имѣть вслѣдствіе этого характеръ обыкновеннаго вексельнаго обязательства, лишь съ придаточнымъ вещнымъ обезпеченіемъ. Здѣсь ссуда выдается для расширенія не основнаго, а оборотнаго капитала: имѣется въ виду кредитная благонадежность[2]) даннаго лица и вслѣдствіе этого предполагаемое расширеніе всего хозяйства. Банку дается общее право взысканія, рядомъ съ гарантіей, вытекающей изъ представленнаго въ залогъ имѣнія. Первыя узаконенія[3]) въ этой области придерживались средняго направленія, придавая этому кредиту присущій ему смѣшанный характеръ. Но въ новомъ Уставѣ Госуд. Банка замѣтно, какъ будто, подчеркиваніе реальнаго момента обезпеченія: размѣръ ссуды опредѣляется не только стоимостью наличныхъ оборотныхъ средствъ, но и стоимостью имѣнія[4]): а такъ какъ оцѣнка послѣдней несомнѣнно легче производится, то этимъ создается нѣчто въ родѣ поземельнаго долга. Кромѣ того неясной представляется нормировка правъ взысканій: Уставъ говоритъ, что Банку принадлежитъ или искъ по векселю, или залоговое производство; и изъ редакціи закона, какъ будто, вытекаетъ, что разъ Банкъ выбралъ второй путь, первый для него закрытъ[5]). Наконецъ

1) См. зак. 28 мая 1883 г. (1605) и 24 января 1884 г. (1980). Второй имѣлъ цѣлью нормировать обезпеченіе кредита посредствомъ недвижимости, уже заложенной, и установилъ правила о вторыхъ залоговыхъ свидѣтельствахъ, которыя потомъ перешли въ законъ 1892 г.

2) Циркуляръ Госуд. Банка 1884 г. № 83077.

3) См. выше прим. 1.

4) Ст. 100.

5) Ст. 106.

въ новѣйшихъ правилахъ 1897 г.[1]) разрѣшается переходъ кредита на сингулярнаго преемника, который пріобрѣтаетъ обезпечительное имущество[2]). Это, конечно, мало гармонируетъ съ понятіемъ о кредитѣ, основанномъ на личныхъ качествахъ и хозяйственныхъ способностяхъ заемщика[3]). Неудивительно потому, что въ обществѣ начинается укореняться взглядъ на кредитъ по соловекселю, какъ на вторую закладную въ кредитномъ установленіи[4]), къ которой владѣльцы прибѣгаютъ послѣ предварительной ипотеки въ земельномъ банкѣ.

---

1) Правила для выдачи Учрежденіями Госуд. Банка ссудъ подъ соловекселя на снабженіе хозяйства оборотными средствами отъ 19 іюля 1897 г.

2) Правила ст. 54.

2) Но нужно отмѣтить, что Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта 11 мая 1898 г. (Собр. Узак. и Распор. № 68) — о разрѣшеніи акціонернымъ банкамъ . . . выдавать ссуды подъ соловекселя, обезпеченные имѣніями — въ ст. 11 установилъ параллельность личнаго и вещнаго исковъ залогодержателя.

4) Тѣмъ болѣе, что ст. 48 Правилъ даетъ возможность значительно смягчать предполагаемую краткосрочность этого кредита.

ГЛАВА VIII.

Русская ипотека въ проектѣ Вотчиннаго Устава 1892 г.

Изъ изложеннаго въ предыдущей главѣ явствуетъ, что для теоретика въ настоящее время затруднительно опредѣлить окончательно характерныя черты нашего залоговаго права, хотя въ немъ можно отмѣтить отраженіе нѣкоторыхъ изъ тѣхъ моментовъ, на которые было указано при разсмотрѣніи западнаго права. Но для практическаго примѣненія залога результаты развитія, имѣвшаго мѣсто у насъ до настоящаго времени, несомнѣнно болѣе осязаемы. Въ теченіе прошлаго и нынѣшняго вѣка выработались у насъ два вида залоговой отвѣтственности примѣнительно къ тѣмъ случаямъ, гдѣ обремененіе играетъ роль полнаго эквивалента за занятыя деньги, и примѣнительно къ тѣмъ явленіямъ, гдѣ вещная гарантія покрываетъ только ту часть вреда, который можетъ наступить отъ неисполненія какого нибудь обязательства. Параллельно съ выдѣленіемъ этихъ двухъ типовъ залоговаго обремененія обнаруживается постепенное расширеніе права распоряженія залогодателя, на-

сколько дѣятельность его не противорѣчитъ цѣли залога [1]). Для завершенія этого историческаго процесса было бы достаточно со стороны нашего законодательства постановить, что вообще запрещеніе, когда оно имѣетъ только цѣлью удержать опредѣленную стоимость вещи, не должно служить препятствіемъ къ отчужденію; тѣмъ самымъ былъ бы созданъ абсолютный характеръ для залоговаго права въ силу судебнаго рѣшенія; и достаточно было бы признать за взысканіемъ на основаніи ареста или запрещенія право на преимущественное удовлетвореніе, чтобы имѣть залогъ въ полномъ смыслѣ слова [2]). Съ другой стороны легко было бы создать законодательнымъ путемъ внѣшнія условія для передачи залоговаго права, облеченнаго либо въ форму закладнаго, либо въ форму залоговаго свидѣтельства, и получить такимъ образомъ всѣ тѣ выгоды, которыя принято связывать съ обращаемостью ипотекъ. Нѣсколько постановленій въ этой области пріурочили бы дѣйствующее нынѣ право къ выясненнымъ жизнью потребностямъ.

При этомъ нужно имѣть въ виду, что наше право всегда знало публичность въ смыслѣ установленія внѣшнихъ признаковъ залога въ интересахъ третьихъ лицъ, и что кромѣ того въ настоящее время законъ 1889 г. [3]) возстановилъ начало спеціальности, сильно пострадавшее въ теченіе нынѣшняго вѣка вслѣдствіе распространитель-

1) Уставы банковъ, разрѣшающіе продажу залога, оговариваютъ себѣ право воспрещать сдѣлки, обезцѣнивающія заложенную недвижимость. Ср. напр. Уст. С. Пб. гор. кред. общества ст. 75.

2) Такъ напр. проектъ уложенія 1814 г. часть III разд. XI § 318. „Въ случаѣ двухъ запрещеній по судебному приговору разныхъ присутственныхъ мѣстъ на одно имѣніе налагаемыхъ, преимущество отдается тому, которое прежде состоялось".

3) 26 іюня 1889 г. (6131) I ст. 1 и 5.

наго толкованія ст. 1062 X тома ч. 2 [1]), благодаря которому учащалось на практикѣ примѣненіе общихъ запрещеній на все имущество отвѣтчика. Тотъ же законъ сосредоточилъ всѣ запрещенія въ крѣпостномъ реестрѣ, что значительно облегчаетъ должностному лицу обозрѣніе всѣхъ ограниченій, лежащихъ на данномъ участкѣ, и если бы пользованіе этимъ реестромъ было бы разрѣшено и частнымъ лицамъ, у насъ бы eo ipso основалась бы публичность въ смыслѣ общедоступности поземельныхъ свѣдѣній. Остался бы тогда одинъ только важный пробѣлъ въ дѣйствующемъ правѣ, а именно отсутствіе безусловнаго значенія этихъ свѣдѣній. У насъ въ настоящее время правительственный органъ не гарантируетъ того, что содержаніе книги соотвѣтствуетъ дѣйствительности и въ случаѣ разногласія между формальнымъ и матеріальнымъ правомъ пріобрѣтеніе правомочія на основаніи оказавшагося неправильнымъ свѣдѣнія не можетъ считаться безповоротнымъ [2]). Во всякомъ случаѣ наша практика [3]) отстаиваетъ до сихъ поръ эту точку зрѣнія, отдавая преимущество матеріальному праву, хотя въ сводѣ нашихъ гражданскихъ законовъ встрѣчаются статьи, какъ будто, признающія достовѣрность крѣпостной записи [4]).

1) По изд. 1768 г.

2) См. въ Стенографическомъ отчетѣ общихъ собраній перваго съѣзда представителей россійскихъ зем. банковъ 1874 г. (стр. 175) ходатайство въ смыслѣ установленія у насъ достовѣрности реестра.

3) Ср. Сенатъ 1888 г. № 62.

4) Ст. 614 и 635 1 ч. X тома, какъ будто, указываютъ на дѣйствительность залога, установленнаго не собственникомъ. Но Сенатъ 1887 г. № 34 объяснилъ, что эти статьи относятся къ случаю, когда собственникъ предпочитаетъ не оспаривать дѣйствителъность залога, а взыскивать обременяющую имѣніе сумму съ бывшаго владѣльца, заложившаго его·

Въ исторіи нашихъ кодификаціонныхъ работъ въ этой области встрѣчаются два проекта ипотечной реформы, усвоившіе книгамъ принципъ достовѣрности. Это проектъ графа Блудова 1859 г.[1]) и проектъ Министерства Юстиціи 1874 г.[2]). Оба они скорѣе имѣютъ значеніе, которое въ германскомъ законодательствѣ присвоено т. н. Grundbuchordnungen: они нормируютъ премущественно самую регистрацію правъ на недвижимости и въ области матеріальнаго права стараются удержать дѣйствовавшій тогда порядокъ и ограничиваются лишь необходимыми перемѣнами[3]). Нѣсколько шире характеръ изложенія въ проектѣ 1892 г. — по крайней мѣрѣ относительно залога. Работа эта вызвана Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта 19 мая 1881 г.[4]), въ силу котораго результаты, достигнутые проектомъ 1874 г., были облечены въ форму особыхъ правилъ, изданныхъ въ связи съ этимъ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта и призванныхъ служить руководствомъ при дальнѣйшихъ работахъ въ этой области[5]). Разсмотрѣніе про-

1) Проэктъ положенія объ обезпеченіи договоровъ и обязательствъ ипотечнымъ порядкомъ, внесенный графомъ Блудовымъ въ Госуд. Совѣтъ въ мартѣ 1859 г. (напечат. въ Трудахъ Ипотечной Коммиссіи I стр. 34 сл.) ст. 26.

2) Окончательный проектъ положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имѣніе (нап. въ Трудахъ Ипот. Ком. II стр. 1029 сл.) ст. 128.

3) Ср. по этому поводу Всеподданнѣйшую записку статсъ-секретаря графа Палена 14 дек. 1867 г. (Труды I стр. 3): „Относительно пересмотра нѣкоторыхъ постановленій матеріальнаго права слѣдуетъ принять въ руководство то общее правило, что постановленія эти, какъ имѣющія основаніемъ своимъ твердую историческую почву, и находящіяся въ органической связи со всею системой русскихъ гражданскихъ законовъ, подлежатъ измѣненію лишь въ крайнихъ случаяхъ, когда существо ихъ окажется несовмѣстнымъ съ необходимыми условіями правильнаго ипотечнаго устройства."

4) Собраніе узак. и расп. ст. 936.

5) Они изданы подъ названіемъ: Главныя основанія предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество.

ектовъ положенія объ укрѣпленія права на недвижимость и правилъ объ устройства крѣпостныхъ учрежденій должно было быть поручено коммиссіи, состоящей изъ членовъ Государственнаго Совѣта [1]). Но въ 1882 г. предварительная редакція проектовъ была поручена коммиссіи, работающей надъ составленіемъ проекта гражданскаго уложенія [2]), и этимъ послѣднимъ фактомъ, по всему вѣроятію, объясняется болѣе значительное мѣсто, отведенное матеріальному залоговому праву въ проектѣ, изданномъ въ 1892 г. подъ названіемъ вотчиннаго устава [3]). Кромѣ общихъ началъ публичности и достовѣрности для всѣхъ правомочій, связанныхъ съ опредѣленной недвижимостью, кромѣ подробнаго ученья о порядкѣ пріобрѣтенія и прекращенія этихъ правъ [4]), мы находимъ въ отдѣлѣ о залогѣ опредѣленіе этого института [5]), основанія для его пріобрѣтенія [6]), изложеніе объема правомочій залогодержателя [7]), особенности вызванныя стеченіемъ нѣсколькихъ залогодержателей [8]) и наконецъ описаніе характера залоговаго взысканія съ недвижимостей. Очевидно, что всѣ эти статьи вотчиннаго устава должны вступить въ силу послѣ замѣны 1 ч. X тома новымъ Уложеніемъ, а то было бы весьма

---

1) Высочайше утвержд. мнѣніе Госуд. Совѣта 19 мая 1881 г. п. II.

2) 3 ноября 1882 г., въ Собр. узак. и расп. ст. 106.

3) Одновременно съ нимъ вышли слѣдующіе проекты: a) Положеніе о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній. b) Учрежденіе вотчинныхъ установленій. c) Правила объ обезпеченіи имѣніемъ договоровъ съ казною и съ кредитными установленіями.

4) Проектъ вотчиннаго устава ст. 1—16 и ст. 111—211.

5) Вотчинный уставъ ст. 43.

6) Ст. 44, 50 сл., 54 сл. Уставъ въ этомъ отношеніи различаетъ залогъ, основанный на частной сдѣлкѣ — залогъ добровольный — и залогъ принудительный, основанный на судебномъ рѣшеніи. Понятіе о залогѣ, вытекающемъ изъ самой статьи закона, исключено проектомъ ст. 56, 10, 11.

7) Ст. 74 сл.

8) Ст. 59 сл.

затруднительно установить связь между этимъ уставомъ и имъ не отмѣненными постановленіями дѣйствующаго матеріальнаго права [1]). Въ такомъ случаѣ, судя по ходу работъ до настоящаго времени, нельзя ожидать введенія реформы ипотечнаго дѣло въ непосредственномъ будущемъ — что впрочемъ не противорѣчитъ п. IV мнѣнія Государственнаго Совѣта 19 мая 1881 г.[2]).

Новый проектъ содержитъ и новую терминологію. Слово „вотчинный", которымъ онъ озаглавленъ, примѣняется ко всѣмъ правамъ, установляемымъ на недвижимости, къ книгамъ, гдѣ эти права регистрируются, и наконецъ къ учрежденіямъ, завѣдующимъ этой регистраціей. Такое наименованіе вызываетъ воспоминанія объ учрежденіи (Вотчинной Коллегіи) съ аналогичными функціями: впослѣдствіи же въ Сводѣ Законовъ [3]) оно примѣняется къ вещнымъ искамъ вообще въ противоположность личнымъ. Но въ новѣйшей литературѣ слово „вотчинный" опять получило болѣе тѣсный смыслъ — для характеристики всѣхъ правоотношеній и явленій, вытекающихъ изъ имущественной роли недвижимости, и законодатель въ 1889 г. санкціонировалъ эту терминологію [4]). Остается только пожелать, чтобы благодаря новому уставу и на обыденномъ языкѣ укоренилась новая терминологія, соединяющая всѣ виды недвижимостей подъ на-

1) Напр. ст. 75 п. 5, 7. вотчиннаго устава несомнѣнно предлагаетъ болѣе широкое понятіе о принадлежностяхъ имѣнія, чѣмъ въ ст. 387 1 ч. X тома.

2) П. IV: Узаконенія о новомъ порядкѣ укрѣпленія правъ на недвижимое имущество вводить въ дѣйствіе постепенно, по мѣрѣ возможности, и соображаясь съ имѣющимися средствами . . . . .

3) См. ст. 1592 Гражд. Законовъ въ Сводѣ 1832 г.

4) 26 іюня (6131) Высоч. ут. мнѣніе объ измѣненіи дѣйствующихъ узаконеній относительно обезпеченія силы налагаемыхъ на вотчинниковъ ограниченій въ правѣ распоряженія недвижимыми имуществами.

званіемъ вотчины: тогда и огородникъ явится въ глазахъ своихъ сосѣдей „вотчинникомъ“, и лицо, отдающее деньги взаймы подъ обезпеченіе торговыхъ бань или извощичьихъ дворовъ, будетъ считать себя „вотчиннымъ кредиторомъ“ [1]). Но еще болѣе затруднительнымъ будетъ формальное сведеніе всѣхъ существующихъ у насъ поземельныхъ правоотношеній къ опредѣленнымъ типамъ, выставляемымъ вотчиннымъ уставомъ. Стоитъ только раскрыть первый томъ Сборника Гожева и Цвѣткова, чтобы наглядно убѣдиться въ пестротѣ современныхъ правъ на недвижимость. Тамъ передъ глазами читателя мелькаютъ постановленія о землевладѣніи крестьянъ, колонистовъ, о поземельномъ устройствѣ казачьихъ войскъ, о землевладѣніи резешей, объ имуществѣ кочевыхъ инородцевъ, о чиншевомъ владѣніи и т. д. Нелегко будетъ по введеніи предлагаемой проектомъ системы въ предѣлахъ извѣстной территоріи[2]) составлять второй отдѣлъ вотчинной книги[3]) и разграничить вносимыя туда статьи о правѣ собственности отъ статей третьяго отдѣла, гдѣ содержатся ограниченія этого правомочія [4]). Наша поземельная жизнь изобилуетъ явленіями, напоминающими въ извѣстномъ отношеніи средніе вѣка: бываютъ случаи, когда и у насъ скрещиваются на участкѣ правомочія двухъ лицъ, среди которыхъ нелегко выдѣлить понятіе о собственности и понятіе о jus in re aliena. Тогда возникнутъ затрудненія, о которыхъ составители проекта къ сожалѣнію умалчиваютъ.

---

1) Ст. 63 вотчиннаго устава: Лицо, которому по вотчинной книгѣ принадлежитъ . . . . . залоговое право (вотчинный кредиторъ) . . . .

2) Ст. 356 перечисляетъ случаи, когда въ мѣстностяхъ, гдѣ будетъ введенъ уставъ, первоначальная записка имѣній будетъ обязательна.

3) Ст. 118.

4) Ст. 119.

Вопросъ этотъ впрочемъ выходитъ изъ за предѣловъ настоящаго очерка и долженъ быть отнесенъ къ наукѣ гражданской политики. Послѣдняя также должна разсмотрѣть споръ о соотношеніи вотчинной регистраціи и положенія межеваго дѣла въ Россіи [1]). По этому поводу уже высказались въ литературѣ два противоположныхъ мнѣнія: одни [2]) становятся на точку зрѣнія составителей устава [3]) и отстаиваютъ возможность немедленнаго введенія вотчиннаго устава независимо отъ упорядоченія межеванія, такъ какъ вотчинныя книги призваны гарантировать только наличность извѣстнаго права [4]), а не территоріальный его объемъ; другіе [5]), наоборотъ, находятъ, что юридическое опредѣленіе вотчинныхъ правъ потеряетъ бо́льшую часть своего значенія, если мѣстоположеніе объекта права въ пространствѣ не будетъ точно установлено. Одни и другіе писатели ссылаются на примѣръ западныхъ государствъ, то подчеркивая строгую индивидуализацію участковъ, къ которой стремится современная жизнь, то, наоборотъ, указывая на неизбѣжныя разногласія между дѣйствительными границами участка и его описаніемъ въ вотчинной книгѣ. Даже наукѣ гражданской политики будетъ трудно дать здѣсь абсолютно правиль-

---

1) Ср. Высочайше утвержденное мнѣніе Госуд. Совѣта 19 мая 1881 г. п. VI.

2) См. Лыкошинъ, Ипотечная реформа и межеваніе въ Журн. Мин. Юст. 1897 г. № 4.

3) Объяснительная записка къ проекту вотчиннаго устава (1893 г.) I стр. 34 сл.

4) Вотчинный уставъ ст. 13—18.

5) Ср. Минцловъ, О первоначальной запискѣ имѣній въ вотчинныя книги, Журн. Мин. Юст. 1896 г., Сентябрь. Ср. въ этомъ же направленіи по поводу проекта 1874 г. Нестржецкій, Замѣчанія на второй проектъ ипотечнаго устава, Харьковъ 1875 г. — Наконецъ ср. еще въ Журналѣ Юрид. Общества 1898 г. № 2 засѣданіе 22 ноября 1896 г. стр. 60 сл.

ный отвѣтъ. Все зависитъ въ сущности отъ объема этихъ разногласій и размѣра уклоненій формальной записи отъ настоящаго облика участка. Несомнѣнно, напримѣръ, что при нашей черезполосицѣ почти невозможно будетъ придать первому отдѣлу [1]) вотчинной книги присвоенную ему роль описательнаго момента, а эта неопредѣленность отразится несомнѣнно на значеніи остальныхъ статей. И въ результатѣ можетъ оказаться, что открытіе вотчинной книги для даннаго участка обострить только межевые споры, безъ наличности средствъ для удовлетворительнаго ихъ рѣшенія.

Но опять таки проектъ разсматривается здѣсь лишь съ точки зрѣнія залоговаго права, которое впрочемъ имъ нормируется только по отношенію къ недвижимости, какъ это вытекаетъ уже изъ самого заглавія устава. Въ немъ мы находимъ тѣмъ не менѣе одно постановленіе объ обремененіи движимаго имущества: въ связи съ опредѣленіемъ объема залоговаго права на недвижимый участокъ уставъ постановляетъ, что оно распространяется также на отдѣленные плоды и на принадлежности имѣнія [2]). Это положеніе интересно уже потому, что оно свидѣтельствуетъ о необходимости ипотеки движимости и о невозможности провести безусловность ручнаго заклада [3]). Но въ вотчинномъ уставѣ данное положеніе создаетъ въ высшей степени любопытное явленіе: плоды и принадлежности подлежатъ, какъ видно, залоговому праву, только пока они находятся на заложенной землѣ. Но и тутъ залогодержатель

1) См. вотчинный уставъ ст. 117.

2) Ст. 75 п. 4, 5, 7.

3) Переименованіе ипотеки движимости въ право удержанія (см. Сводъ гражд. узак. прибалтійскихъ губерній прим. къ ст. 1357 и 1403 по Прод. 1890 г.) не создаетъ еще ручнаго заклада.

стѣсненъ въ своемъ взысканіи: онъ долженъ допустить конкурренцію личныхъ кредиторовъ и ограничиться соразмѣрной долей изъ вырученной продажей суммы [1]). Въ сущности залогодержатель достигъ бы тѣхъ же результатовъ съ помощью личнаго требованія. Не совсѣмъ ясно, почему составители снабдили его по отношенію къ этимъ движимымъ вещамъ именно залоговымъ правомъ, разъ они предварительно выкинули изъ его правомочій droit de suite и droit de préférence. Что же остается отъ понятія о залогѣ?

Если мы перейдемъ къ разсмотрѣнію залоговаго права на недвижимость, то мы тамъ не найдемъ безусловнаго единообразія: составители встрѣтились въ этой области нашей жизни съ двойственностью нормировки, вызванной тѣмъ спеціальнымъ залоговымъ правомъ, которое въ отношеніяхъ съ казной и кредитными установленіями выросло у насъ рядомъ съ залогомъ между частными лицами. По отношенію къ явленіямъ, относящимся къ обремененіямъ первой изъ только что названныхъ категорій, составители не рѣшились провести безусловно выработанныя имъ начала. Интересно по этому поводу разсмотрѣть распредѣленіе нормъ, относящихся къ залогу въ казнѣ и въ кредитныхъ установленіяхъ и выдѣленныхъ вслѣдствіе этого въ особый проектъ [2]). По отношенію къ залогу по договорамъ съ казной тамъ сохраненъ въ сущности status quo. Вотчинное установленіе выдаетъ залоговое свидѣтельство для этой цѣли и самая залоговая сдѣлка заключается по прежнему въ данномъ присутственномъ мѣстѣ, которое доводитъ только объ этомъ

1) Вотчинный уставъ ст. 97.

2) Правила объ обезпеченіи недвижимымъ имѣніемъ договоровъ съ казной и съ кредитными установленіями, 1892 г.

до свѣдѣнія вотчиннаго установленія для соотвѣтствующаго внесенія въ книгу [1]). Относительно же установленій государственныхъ, общественныхъ и частныхъ, проектъ различаетъ обезпеченіе обыкновеннаго займа отъ заключенія кредитныхъ займовъ [2]). По первымъ сдѣлкамъ выдаются свидѣтельства какъ до сихъ поръ, но самое установленіе залоговаго обремененія совершается въ вотчинномъ присутственномъ мѣстѣ [3]); по кредитнымъ же займамъ нѣтъ даже залоговаго свидѣтельства, и единственная льгота, предоставленная банку, сводится къ разрѣшенію заключать залоговую сдѣлку у нотаріуса, если domicilium банка не находится тамъ, гдѣ состоитъ вотчинное установленіе по данной недвижимости [4]). Какъ видно, при кредитномъ займѣ проектъ проводитъ полное торжество новаго порядка и устраненіе стараго.

Оставляя даже въ сторонѣ тѣ соображенія [5]), которыми составители руководились при этой нивелировки, призванной, можетъ быть, стѣснять банки въ ихъ операціяхъ [6]) и вслѣдствіе этого призванной вредно отзываться на интересахъ той публики, для которой въ сущности и вводится новый порядокъ, слѣдуетъ обратить вниманіе на самое основаніе различія между залогамъ по займамъ вообще и залогамъ по кредитнымъ займамъ. Вотчинный уставъ здѣсь очевидно

---

1) Правила ст. 1 сл., 12 сл.

2) Правила глава II. Объ обезпеченіи недвижимымъ имѣніемъ займовъ изъ кредитныхъ установленій. Глава III. Объ установленіи кредитнаго залога въ пользу кредитныхъ установленій.

3) Правила ст. 25, 28.

4) Ст. 44.

5) Ср. Объяснительную записку къ проекту Правилъ (1893) стр. 55 сл., стр. 86 сл.

6) Сенатъ 1880 г. № 287 призналъ, что Общества взаимнаго кредита могутъ заключать залоговыя сдѣлки о недвижимостяхъ по залоговому свидѣтельству и по закладной.

рецепировалъ Cautionshypothek германскихъ уставовъ, когда онъ въ ст. 51 постановляетъ: „Если сумма требованія, въ обезпеченіе коего установляется залогъ, не опредѣлена или самое требованіе можетъ возникнуть лишь въ будущемъ изъ какого либо договора или иныхъ отношеній сторонъ, то установляемый въ обезпеченіе такихъ требованій залогъ именуется кредитнымъ залогомъ".— И статья, слѣдуя примѣру западныхъ законодательствъ, прибавляетъ далѣе, что въ такихъ случаяхъ нужно внести максимальную сумму обезпечиваемаго денежнаго интереса. Положеніе это вызвано моментомъ спеціальности, присущимъ книжной регистраціи обремененій, но онъ не долженъ былъ бы служить основаніемъ для раздѣленія залоговъ на два вида. Во всякомъ залогѣ, обезпечивающемъ денежную сумму, есть опредѣленная доля неизвѣстности, въ томъ смыслѣ, что неизвѣстно еще, какую часть долга придется взыскивать путемъ залоговаго иска, какое количество процентовъ останется за должникомъ въ видѣ недоимки; такъ что „будущее", о которомъ говоритъ ст. 51, можетъ всегда имѣть нѣкоторое значеніе. А въ примѣненіи къ банковымъ операціямъ, на основаніи указаннаго въ этой статьѣ мѣрила, будетъ трудно, если не невозможно, провести грань между сдѣлками, заключаемыми въ ипотечныхъ банкахъ и называемыми „обезпеченіемъ займовъ недвижимымъ имѣніемъ", и операціями, производимыми въ другихъ банкахъ подъ названіемъ „кредитнаго залога". Въ ипотечныхъ банкахъ можетъ быть заложено имѣніе на извѣстную сумму, а ссуда можетъ быть выдаваема по частямъ [1]). Здѣсь отдѣльныя

1) Ср. Уставъ акціонерныхъ земельныхъ банковъ (изд. Коммитета Съѣздовъ 1886 г.) стр. 95 сл.

требованія возникаютъ лишь въ будущемъ, по мѣрѣ выдачи ссуды, и такъ какъ заемщикъ можетъ и не воспользоваться всей ссудой, то сумма будущаго требованія банка еще не опредѣлена, но тѣмъ не менѣе можно думать, что составители проектовъ не рѣшились бы примѣнить къ этому случаю понятіе о кредитномъ залогѣ. Члены коммиссіи несомнѣнно ближе къ истинному основанію для правильнаго раздѣленія залоговыхъ сдѣлокъ на двѣ группы, когда они признаютъ за займами въ ипотечныхъ банкахъ характеръ ограниченной отвѣтственности [1]). Они очевидно были въ данномъ случаѣ нѣсколько стѣснены правилами уставовъ этихъ учрежденій, которыя имѣютъ дѣло только съ реальнымъ кредитомъ; допущеніе личной отвѣтственности шло бы въ разрѣзъ съ основнымъ моментомъ оцѣнокъ, производимыхъ въ этихъ банкахъ.

Но за то по отношенію къ залогамъ между частными лицами составители не чувствуютъ себя связанными никакими подобными соображеніями и они выставляютъ общую презумцію въ пользу неограниченной отвѣтственности залогодателя, согласно ученію романистовъ [2]). Въ глазахъ членовъ коммисіи эта неограниченность вытекаетъ изъ самаго понятія объ акцессорности [3]), и если они довольно подробно стараются оправдать это новшество, то это не потому, что они тя-

---

1) Вотчинный уставъ ст. 103: „по залогу въ обезпеченіе займа изъ кредитныхъ установленій кромѣ кредитнаго залога должникъ отвѣчаетъ лишь заложеннымъ имѣніемъ.“

2) Ст. 97: „Вотчинный кредиторъ, не получившій полнаго удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія, можетъ обратить взысканіе на другое имущество должника или его наслѣдника, если при установленіи залога не было условлено, что должникъ отвѣчаетъ только заложеннымъ имѣніемъ.“

3) Объяснительная записка къ проекту вотчиннаго устава I стр. 489.

готятся идти въ разрѣзъ съ моментомъ, выработаннымъ вѣковымъ развитіемъ нашего залога [1]), а потому, что они считаютъ нужнымъ объяснить соображенія, заставившія ихъ отступить отъ обратной презумціи, выставленной въ ст. 20 главныхъ основаній 1881 г.: „По долговому обязательству, обезпеченному на недвижимомъ имуществѣ, должникъ отвѣтствуетъ лишь тѣмъ самымъ имуществомъ, въ крѣпостную книгу котораго обязательство это записано, развѣ бы между должникомъ и заимодавцемъ состоялось соглашеніе объ отвѣтственности перваго всѣмъ его состояніемъ до полнаго удовлетворенія долга [2])."

Интересно однако прослѣдить примѣненіе принципа ст. 97 вотчиннаго устава, выставленнаго вопреки противоположному указанію Государственнаго Совѣта. Въ сущности безусловно эта неограниченная отвѣтственность проводится только по отношенію къ судебной или принудительной ипотекѣ и къ т. н. кредитному залогу [3]). Противъ этого нельзя возражать уже потому, что судебная ипотека немыслима безъ личной отвѣтственности, а залогъ называемый кредитнымъ очевидно означаетъ тотъ дополнительный залогъ, гдѣ вещное обезпеченіе играетъ второстепенную роль, и гдѣ на первомъ планѣ личность должника. Но при простомъ добровольномъ залогѣ залогодержатель долженъ искать прежде всего удовлетворенія изъ

---

1) До вотчиннаго устава проектъ графа Блудова, ст. 23 и проектъ 1874 г. § 145 также высказались за неограниченную отвѣтственность. Составители послѣдняго однако долго колебались и видно, что они первоначально склонялись въ пользу удержанія стараго принципа. См. Труды ипотечной коммиссіи I стр. 138, 256, 388.

2) Ср. по этому поводу Верблювскій, Юрид. Вѣстникъ 1881 г. стр. 666.

3) Ст. 102.

заложенной недвижимости и остальное имущество должника отвѣчаетъ лишь in subsidium, что несомнѣнно мало гармонируетъ съ понятіемъ о самостоятельности требованія, вытекающаго изъ акцессорноста залога[1]). Впрочемъ, какъ видно, составители на самомъ дѣлѣ мало расположены придавать большое значеніе личной отвѣтственности при залогѣ особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда заложенная вещь переходитъ въ руки сингулярнаго преемника: уставъ[2]) постановляетъ, что послѣ такого отчужденія неосуществленіе залоговаго права въ теченіе трехъ лѣтъ лишаетъ залогодержателя окончательно личнаго иска противъ залогодателя. Для того, чтобы понять значеніе этого постановленія, нужно противопоставить ему ст. 7, которая изъемлетъ изъ дѣйствія давности всѣ внесенныя въ книгу права, при чемъ видно, что составители распространяютъ это послѣдствіе регистраціи не только на вещное право, но и на обезпеченное требованіе[3]). Получается такимъ образомъ слѣдующая картина: пока недвижимость находится въ рукахъ

---

1) Загадочнымъ является смыслъ ст. 104, подъ которой въ объяснительной запискѣ помѣщена ссылка на ст. 1445 Остзейскаго Свода, допускающую excussio personalis, и на ст. 426 Саксонскаго Уложенія, исключающую это возраженіе. Что имѣли въ виду составители: создать льготу для кредитора, который въ обыкновенныхъ случаяхъ долженъ на основаніи ст. 98 взыскивать сначала съ заложенной вещи, или установить льготу для владѣльца недвижимости въ томъ смыслѣ, что ему дается по крайней мѣрѣ на время возможность устранить отъ себя взысканіе? Впрочемъ, какъ видно, и между редакторами господствуетъ по этому поводу разногласіе. Ср. Гантоверъ, Залоговое право стр. 727 прим. и Объяснительная записка I стр. 494.

2) Ст. 98 in fine: Означенная (неограниченная) отвѣтственность первоначальнаго должника и его наслѣдника продолжается, несмотря на переходъ имѣнія въ другія руки, если кредиторъ въ теченіе трехъ лѣтъ по наступленіи срока залоговому требованію обратилъ взысканіе на заложенное имѣніе.

3) Ср. ст. 49 и Объяснительная записка I стр. 299.

залогодателя, онъ отвѣчаетъ безсрочно и отвѣчаетъ всѣмъ своимъ имуществомъ. Какъ только онъ продастъ заложенную недвижимость, въ его пользу начинается укороченный срокъ, по истеченіи котораго онъ свободенъ отъ всякаго обязательства. Результатъ этотъ поразителенъ особенно по отношенію къ кредитному залогу проекта, для котораго нѣтъ очевидно изъятія изъ второй половины ст. 98, такъ что переходъ недвижимости и въ этомъ случаѣ поведетъ къ возможности прерванія чисто личной долговой связи. Здѣсь еще разъ даетъ себя чувствовать отсутствіе правильной классификаціи залоговыхъ сдѣлокъ на основаніи объема права взысканія кредитора [1]), и кромѣ того обнаруживается стремленіе, свойственное вообще книжной регистраціи: стремленіе къ перенесенію личнаго момента долговаго обремененія въ самое вещное право.

Въ началѣ главы IV проекта вотчиннаго устава, посвященной залогу, выставленъ моментъ, который долженъ былъ предохранить составителей отъ такого сліянія, а именно: подчеркиваніе акцессорнаго характера залоговаго обремененія [2]). Эту акцессорность составители, повидимому, считаютъ необходимой [3]), усматривая въ введеніи Grundschuld извѣстную опасность, хотя въ сущности Grundschuld (по крайней мѣрѣ въ прусскомъ правѣ) является не доно-

1) Этотъ объемъ отвѣтственности и служитъ швейцарскому юристу Huber однимъ изъ основаній, чтобы предлагать для будущаго объединеннаго швейцарскаго залоговаго законодательства два типа обремененія: 1) Gült — залогъ безъ личной отвѣтственности и 2) Pfandverschreibung — добавочное обезпеченіе къ личному требованію. Ср. Huber, Betrachtungen über die Vereinheitlichung und Reform des Schweizerischen Grundpfandrechts (1898) стр. 68 сл.

2) Уставъ ст. 43.

3) См. Объяснительная записка I стр. 254 сл., 272 сл.

шеннымъ институтомъ, который на практикѣ почти что не отличается отъ передаваемой ипотеки, предлагаемой намъ нашимъ проектомъ 1892 г.[1]). Но вслѣдъ за опредѣленіемъ ст. 43 идетъ постановленіе, гдѣ говорится о внесеніи требованія въ книгу[2]). Статьи четвертаго отдѣла, посвященныя залоговымъ обремененіямъ, содержатъ, конечно, указаніе на требованіе, для котораго создается обезпеченіе, но съ точки зрѣнія матеріальнаго права вносится не требованіе, а залогъ, основаніемъ котораго служитъ или залоговая сдѣлка[3]), или судебное постановленіе. Этому смѣшенію понятій, вызванному по всему вѣроятію выраженіемъ „eingetragene Forderung", встрѣчающимся въ Саксонскомъ Уложеніи[4]) и Остзейскомъ Сводѣ, соотвѣтствуетъ не совсѣмъ удачная терминологія проекта: „залоговое требованіе" употребляется тамъ въ смыслѣ требованія, обезпеченнаго залогомъ[5]); но иногда, какъ видно, составители употребляютъ это выраженіе для обозначенія самого залоговаго взысканія[6]), и ясность изложенія отъ этого, конечно, не выигрываетъ. Впрочемъ очень возможно, что здѣсь объясненіемъ такой двойственности даннаго выраженія должно послужить усвоеніе, хотя и безсознательное можетъ быть, той отличительной черты, которую мы старались отмѣтить въ германскомъ правѣ, того личнаго момента, который вносится теперь въ залогъ и въ силу котораго послѣдній со-

---

1) Ср. между прочимъ ст. 106 вотч. уставъ.
2) Ст. 54. Правильнѣе редакція ст. 59 п. 2.
3) Вотч. уставъ ст. 4, 234 сл.
4) Ст. 387. Германское уложеніе наоборотъ говоритъ объ „Eintragung der Hypothek" ст. 1115.
5) См. Объяснительная записка I стр. 49.
6) Вотч. уставъ ст. 106.

держитъ въ себѣ не только право на удовлетвореніе изъ опредѣленной стоимости, но прежде всего право на дѣйствіе со стороны обладателя заложенной вещи, другими словами: право на уплату. Такое предположеніе можетъ лишь подтвердиться чтеніемъ ст. 99, гдѣ говорится объ ответственности владѣльца заложенной недвижимости [1]).

Слѣды западныхъ вѣяній въ уставѣ 1892 г. неудивительны, тѣмъ болѣе, что рецепція нѣкоторыхъ изъ нихъ только завершаетъ развитіе нашего залоговаго права, исторія котораго представляетъ несомнѣнное сходство съ соотвѣтствующими періодами въ прошломъ западно-европейскихъ территорій. Уставъ санкціонируетъ въ самыхъ общихъ выраженіяхъ абсолютный характеръ залоговаго права, не являющагося уже препятствіемъ къ отчужденіямъ [2]), и вмѣстѣ съ тѣмъ расширяетъ понятіе о залоговомъ обезпеченіи, не призванномъ служить только однѣмъ заемнымъ сдѣлкамъ [3]). Но спрашивается, неужели для этого нужно было создать изложеніе, которое поражаетъ насъ своимъ отвлеченнымъ характеромъ, своей отрѣшенностью отъ окружающаго насъ міра? Не даромъ въ нашемъ обществѣ понятіе объ Уложеніи связано теперь съ представленіемъ о работахъ, при которыхъ дѣйствующее право играетъ роль tabula rasa. Самая внѣшняя форма проекта производитъ такое впечатлѣніе, будто бы одной изъ главныхъ заботъ коммиссіи было созданіе новой терминологіи: знакомые намъ слова, какъ закладная, запрещеніе, укрѣпленіе, крѣпостная книга тща-

---

1) „Пріобрѣвшій обремененное залогомъ имѣніе отвѣчаетъ по этому залогу только заложеннымъ имѣніемъ“.

2) Ст. 9 вотчиннаго устава.

3) Ст. 50 вотчиннаго устава.

тельно устранены. Русскій юристъ при чтеніи этихъ статей можетъ получить впечатлѣніе, что онъ имѣетъ передъ собой переводъ съ проекта, предназначеннаго для какой нибудь австралійской колоніи или какого-нибудь южно-американскаго государства; иностранецъ же легко можетъ повѣрить, что въ уставѣ 1892 г. у насъ впервые вводится залоговое право.

Но всѣ эти внѣшнія свойства, конечно, не въ состояніи умалить того значенія, которое проектъ вотчиннаго устава можетъ имѣть для жизни. Въ настоящее время составители его успѣли уже оказать двѣ крупныя услуги нашему дѣйствующему праву. По ихъ иниціативѣ изданъ былъ законъ 26 іюня 1889 г., преобразовавшій нашу запретительную систему, а въ 1891 г. утверждены Министерствомъ Юстиціи составленныя ими новыя правила[1]) для веденія реестровъ крѣпостныхъ дѣлъ. Эта инструкція придаетъ названнымъ реестрамъ приблизительно тотъ видъ, который предполагается для вотчинной книги, описанной въ проектѣ 1892 г., такъ что въ этомъ отношеніи замедленіе обсужденія законопроекта въ Государственномъ Совѣтѣ не можетъ имѣть особенно вредныхъ послѣдствій.

Составители проекта[2]) возлагаютъ, какъ видно, надежды на созданную ими обращаемость залоговыхъ правъ. До сихъ поръ неподвижимость этого денежнаго помѣщенія мало отражалась на интересахъ заемщиковъ: закладная привлекала и продолжаетъ привлекать капиталистовъ, которыхъ

---

1) Правила 31 мая 1891 г. утверж. Мин. Юст. и введенныя въ дѣйствіе съ янв. 1892 г. въ нот. архивахъ Кіевскаго Округа (Собр. узак. 1891 г. № 60) и съ 6 янв. 1894 г. въ нотар. архивахъ С. Пет., Моск., Казанс. Сарат., Харьк., Одесск. округовъ (Собр. уз. 1893 г. № 179).

2) Ср. Гантоверъ, Залоговое право стр. 196.

прельщаютъ довольно высокій процентъ, добровольныя неустойки, а иногда и возможность выгодно пріобрѣсти собственность на принятую въ залогъ вещь. Привлечетъ ли теперь новый залогъ, облекаемый въ форму курсирующей на рынкѣ цѣнности [1]), новый кругъ капиталистовъ и улучшится ли вслѣдствіе этого наплыва положеніе собственниковъ? Одно будущее можетъ дать отвѣтъ. Но каковъ бы ни былъ этотъ отвѣтъ и какова бы ни была участь проекта въ высшихъ законодательныхъ сферахъ, работа коммиссіи сама по себѣ — явленіе отрадное. Она останеття въ исторіи нашего права какъ признакъ жизни, какъ стремленіе къ усовершенствованію.

1) Вотчинный уставъ ст. 83 сл.

Оглавленіе.

Введеніе . . . . . стр. 1—28.

Глава I. Отвѣтственность залогодателя въ древне-германскомъ правѣ.

Работы Albrecht'a и Meibom'a. — Два рода Satzung. — Особенности залога съ передачей владѣнія. — Характеристика обязательства залогодателя. — Правомочія кредитора. — Закладныя сдѣлки Евреевъ и ссудныя кассы. — Залогъ безъ передачи вещи. — Договоръ о рентѣ и бодмерея. — Залоговое право сосѣднихъ территорій. — Заключеніе . . . . . стр. 29—108.

Глава II. О вліяніи вотчинной записи на ипотеку въ законодательствѣ Германіи.

Значеніе прусскаго Ландрехта. — Отступленіе отъ принциповъ римскаго права. — Дальнѣйшее развитіе прусскаго права въ этомъ направленіи. — Ипотечные уставы Саксоніи, Баваріи и Вюртемберга. — Новшество мекленбургскаго права. — Ипотечные проекты въ Пруссіи. — Слѣды новыхъ вѣяній въ Австріи. — Прусскій законъ 1872 г. — Гражданское уложеніе Германской Имперіи . . . . . стр. 109—195.

Глава III. Характеръ современнаго залоговаго права въ Германіи.

Ипотека въ кредитныхъ союзахъ и акціонерныхъ банкахъ. — Закладъ въ товарныхъ складахъ. — Залоговыя анормальности. — Обращаемость ипотеки и правомочія держателей закладныхъ листовъ. — Юридическая конструкція Grundschuld. — Анализъ правомочій залогодержателя. — Абсолютныя и относительныя права . . . . стр. 196—244.

Глава IV. Римское залоговое право во Франціи.

Древнѣйшія формы долговаго обремененія: engagement и obligation. — Быстрые успѣхи безгласной и генеральной ипотеки во Франціи. — Ро-

манизація ренты. — Отвлеченная ипотека 1795 г. — Акцессорность залоговаго права Кодекса. — Особые виды вещнаго обезпеченія. — Французская ипотека de lege ferenda . . . . . стр. 245—280.

Глава V. Отличительныя черты древне-русскаго залоговаго права.

Вглядъ Мейера на залогъ. — Залогъ въ Псковской Судной Грамотѣ. — Обозрѣніе закладныхъ актовъ. — Значеніе просрочки. — Московское законодательство. — Литовское и византійское право . . . стр. 281—314.

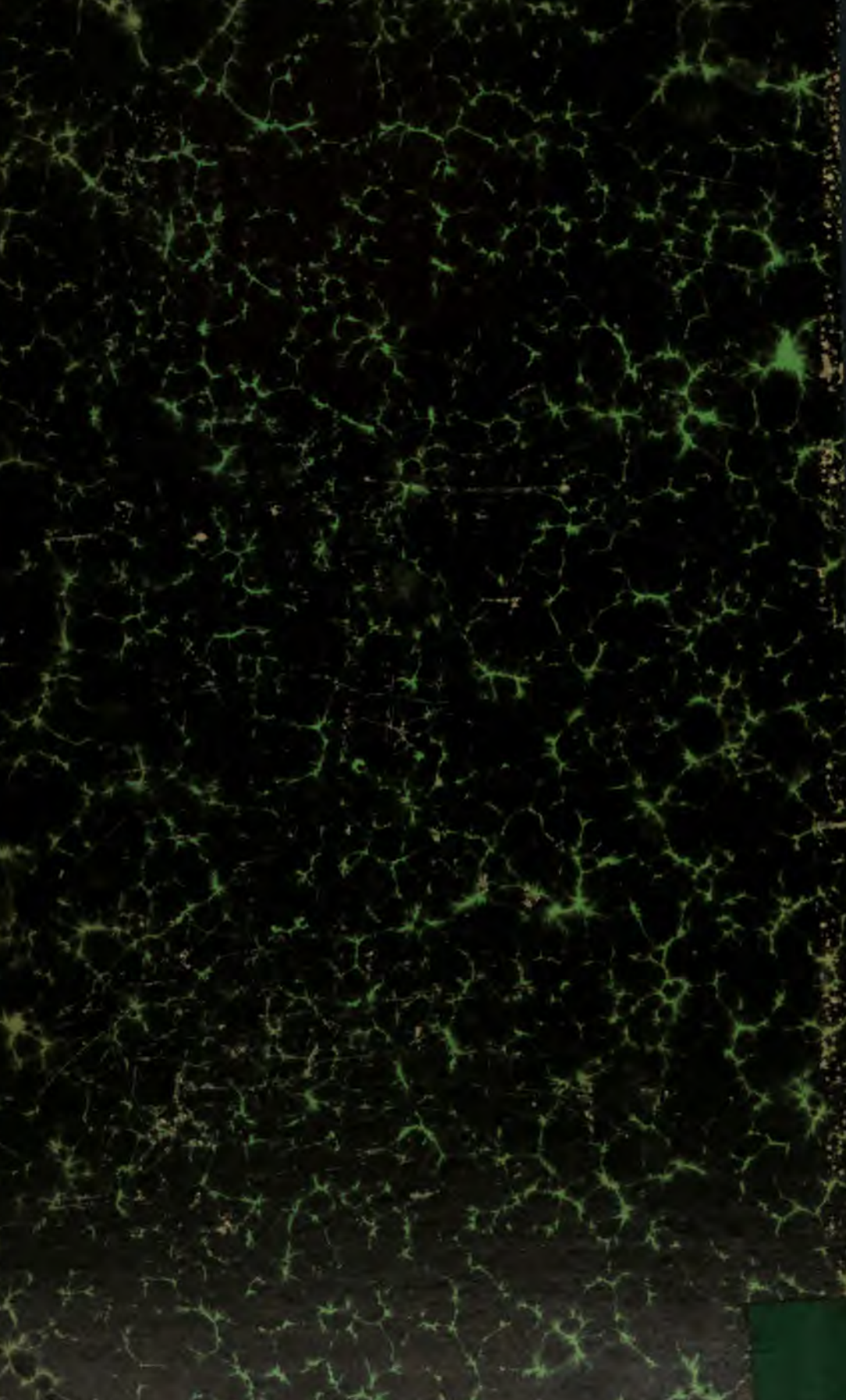
Глава VI. Вліяніе законодательства на дальнѣйшее развитіе залоговаго права въ Россіи.

Залогъ и купля-продажа въ XVIII вѣкѣ. — Указъ 1 августа 1737 г. и его отмѣненіе. — Заимообезпечительный залогъ въ государственныхъ кредитныхъ учрежденіяхъ. — Значеніе устава о банкротахъ 1800 г. — Запрещеніе въ роли долговаго обремененія. — Залогъ по договорамъ съ казной . . . . . стр. 315—353.

Глава VII. Свойства залоговаго обремененія въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ.

Легальное опредѣленіе залога. — Расширеніе правомочій залогодателя. — Соотношеніе вещнаго и личнаго момента. — Возникновеніе залоговаго права; закладная крѣпость и залоговая подписка. — Зародыши судебной ипотеки. — Залогъ въ кредитныхъ установленіяхъ; ссуды на сельскохозяйственныя улучшенія и соловекселя Государственнаго Банка . . . . . стр. 354—392.

Глава VIII. Русская ипотека въ проектѣ Вотчиннаго Устава 1892 г. . . . . . стр. 393—412.

Поправки.

Стр.	строка	вмѣсто:	слѣдуетъ читать:
38	16 снизу	содержывали	покрывали
41	7 сверху	при Auflassung первой	Auflassung при первой
60	4 и 5 „	что и равно	что и право на
92	13 снизу	тѣми запрещеніями	тѣмъ запрещеніямъ
94	6 сверху	dominum directum	dominium directum
109	7 „	Ипотечныя проекты	Ипотечные проекты
119	11 „	pecunia	pecuniae
121	2 „	какъ лицу не имѣвшему	какъ не имѣвшаго
129	14 „	excursionis	excussionis
190	11 „	Sicherheitshypothek	Sicherungshypothek
190	8 снизу	„ „ „	„ „ „
224	15 сверху	утрирорки	утрировки
248	1 „	отличительная черта	отличительной чертой
278	5 и 6 „	Необходимость крѣпостнаго	Необходимость достовѣрности крѣпостнаго
279	15 „	тѣмъ не менѣе выходятъ	тѣмъ не менѣе не выходятъ
289	5 „	такъ, по его мнѣнію,	такъ какъ, по его мнѣнію,
308	16 „	задатокъ	зачатокъ
315	4 „	1 августа 1731 г.	1 августа 1737 г.
318	18 „	долженъ соотвѣтствовать	должна соотвѣтствовать
337	8 снизу	созданнымъ уставомъ	созданномъ уставомъ
340	1 сверху	практическая негласность	фактическая негласность
350	4 „	venditionis.	venditio.